UNIVERSA

CIVILIS ET CRIMINALIS

JURISPRUDENTIA

AUCTORE

THOM. MAURITIO RICHERI

UNIVERSA
CIVILIS ET CRIMINALIS
JURISPRUDENTIA

JUXTA SERIEM INSTITUTIONUM

EX NATURALI ET ROMANO JURE DEPROMTA

ET

AD USUM FORI PERPETUO ACCOMMODATA

AUCTORE

THOM. MAURITIO RICHERI

EDITIO TERTIA

OMNI, QUA LICUIT, CURA ATQUE LABORE INDEFESSO,
A QUAMPLURIMIS, IN NOTIS PRAECIPUE,
MENDIS, FALSISQUE ALLEGATIONIBUS REPURGATA, ET CORRECTA.

TOMUS XI.

LAUDE POMPEJA
E TYP. JOANN. BAPTISTAE ORCESI
MDCCCXXIX.

JURISPRUDENTIÆ

LIBER TERTIUS

TITULUS XXIII.

De mandato.

Instit. lib. 3. tit. 27. *De mandato.*
Digest. lib. 17. tit. 1. } *Mandati, vel contra.*
Cod. lib. 4. tit. 35. }

SUMMARIA.

Mandatum est contractus consensu constans, quo aliquid gratuito gerendum committitur. §. 1.
Mandatum non est, si negotium dumtaxat commendetur: vel ex amicitia negotium quis rogatus praestet. §. 2.
Mandatum gratuitum est: salarium tamen, seu honorarium non respuit. §. 3.
Salarium etiam non promissum advocatis extra ordinem adjudicatur jure Romano. §. 4.
Salarium hodie alienarum rerum gestoribus dari solet. §. 5.
Quae de mandato sigillatim sint expendenda? §. 6.

§. 1.

Mandatum postrema obligationum, quae solo consensu contrahuntur, species (1), a manu dictum, ut plerique putant, quae fidei symbolum est, definiri potest contractus consensu constans, quo aliquid gratuito gerendum committitur. Priora definitionis verba, quae generis locum tenent, demonstrant, mandatum referri ad contractus, in quibus nec verba, nec res, nec litterae desiderantur, sed solo consensu mandantis, et mandatarii perficiuntur.

(1) *Text. institut. de obligat. ex consensu* (3. 23.)

§. 2.

Subjicimus, in mandato committi aliquid gerendum, quo significamus, ad mandatum requiri, ut vere committatur aliquid gerendum, nec sufficere, si tantummodo alicui commendetur negotium, ex qua commendatione nulla oritur obligatio (1): quemadmodum nec mandati tenetur, qui ex amicitia operam suam in negotio rogatus praestitit, puta in monendis procuratoribus, administratoribus consilio regendis (2). Porro in dubio, an mandatum, an commendatio sit, potius pro commendatione pronunciandum, ne temere obligatio inducatur (3).

(1) *L. Si vero* 12. §. *Cum quidam* 12. *ff. hoc tit*, *l. Fideicommissa* 11. §. *Si quis ita* 2. *ff. de legat.* 3. (32. 1.)
(2) *L. Idemque* 10. §. *Si quis ea* 7. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Quidquid adstringendae* 99. *ff. de V. O.* (45. 1.)

Inst. l. 3. tit. 27. ff. l. 17. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 35.

§. 3.

Postremo dicimus, in mandato negotium gratis gerendum committi; cum enim mandatum ex amicitia originem ducat, si merces interveniat, abit in aliam contractus speciem, seu locationis, et conductionis (1): non tamen mandatum esse desinit, licet aliquid remunerandi caussa mandatario detur (2), quod salarium, vel honorarium appellari solet (3); sane gratiam amicitiae referre, et gratuitam operam remunerare naturali aequitati consentaneum est.

(1) *L. 1. §. ult. ff. hoc tit., §. ult. institut. hoc tit.*
(2) *L. Si remunerandi 6. ff. hoc tit.*
(3) *L. Salarium 7. ff. hoc tit.*

§. 4.

Quinimmo jure Romano quaedam officia sunt, ob quae salarium etiam non promissum a judice extra ordinem adjudicatur, veluti advocatis, quorum officium publicum reputatur (1): in caeteris, nisi certum ab initio promissum fuisset, peti non poterat (2): promissum vero extra ordinem peti poterat (3), non actione mandati. Neque contrariam sententiam adstruit Ulpianus ajens, *si remunerandi gratia honor, seu honorarium intervenit, erit mandati actio* (4). Id enim unum significat jureconsultus, mandatum adhuc esse, licet honorarium, seu salarium solvatur, prout modo diximus (§. praeced.)

(1) *L. Divus Antoninus 4. ff. de extraordinar. cognitionib.* (50. 13.)
(2) *L. Qui mutuam 56. §. Salarium 3. ff. hoc tit., l. Salarium 17. cod. hoc tit.*
(3) *L. 1. cod. hoc tit.*
(4) *L. Si remunerandi 6. ff. hoc tit.*

§. 5.

Hodiernis moribus quo tantum procuratores ad lites, sed aliorum quoque negotiorum extrajudicialium, et mandatarii, arbitrio judicis, aut boni viri salarium etiam non promissum petere possunt pro officii praestiti modo; dummodo soliti sint operarum remunerationem exigere, atque operae pretio aestimari soleant: nec expresse, aut tacite salario renunciaverint (1).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num. 2. in fin., Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 26. defin. 1., ubi tradit non videri contra bonos mores pactus de quota litis advocatus, qui alienam litem maxima mercede prosequendam suscipiat, d. l. Salarium 7. cod. hoc tit.*

§. 6.

Hisce praelibatis, quae ad indolem mandati pertinent, haec sunt de eo sigillatim expendenda. 1. Quibus modis, et quorum gratia contrahatur. 2. Qui mandare, quaeve res mandari possint. 3. Quis sit mandati effectus, seu quae actiones ex mandato oriantur. 4. Et postremo, quibus modis mandatum finiatur.

CAPUT I.

Quibus modis, et quorum gratia mandatum contrahi possit.

SUMMARIA.

Mandatum tacite contrahi potest: in dubio tamen non praesumitur: nec generali mandato specialia continentur. §. 7.

Mandatum tacite suscepisse judicatur is, cui negotium gerendum commissum est, atque suscepit. §. 8.

An mandatum suscepisse intelligatur absens, cui per litteras mandatum est, si quantocitius sibi displicere non rescripserit. §. 9.

Mandatum aliud generale est, aliud speciale: illud simplex est, vel cum libera administrandi facultate. Quae liceant mandatario liberam administrandi potestatem habenti? §. 10.

Inst. l. 3. tit. 27. ff. l. 17. tit. 1 Cod. l. 4. tit. 35.

Mandatum non est, sed consilium, si quis mandatarii tantum gratia aliquid gerendum mandet. §. 11.

Mandari potest alicui, ut rem certam generatim emat. Quid de pretii incertitudine? §. 12.

Quibus casibus mandantis, et mandatarii utilitas in mandato versetur? §. 13., *et* 14.

Mandatum aliena tantum gratia interponitur, cum quis uni mandat, ut alterius negotia gerat. §. 15.

Quae sint exempla mandati, quo mandantis, vel mandatarii, et aliena utilitas vertitur. §. 16.

Mandans mandatarii tantum gratia, si dolo fecerit, eo nomine conveniri potest. §. 17.

Qui alicui mandat, ut certae personae pecuniam credat, mandati tenetur. Quid si tantum consuluerit? Quid de proxeneta? §. 18.

§. 7.

Mandatum non secus ac caeteri fere contractus, non expresse tantum, sed etiam tacite contrahi potest; cum taciti, et expressi eadem plerumque vis sit (1): tacite mandare creditur, qui praesens et sciens patitur negotia sua per alterum geri (2). In dubio tamen non praesumitur mandatum: adeoque probationes desiderantur ab eo, qui se alterius nomine, et jure agere contendit (3): nec generali mandato continentur, quae quis verosimiliter in specie mandaturus non est (4).

(1) *L. Cum quid mutuum* 3. *ff. de reb. credit.* (12. 1.)

(2) *L. Si remunerandi* 6. §. *Si passus* 2., *l. Qui patitur* 18. *ff. hoc tit.*

(3) *Argum. l.* 1. *cod. de mandat. princ.* (1. 15.)

(4) *Fab. cod. famil. erciscund. lib.* 3. *tit.* 25. *def.* 8.

§. 8.

Quemadmodum tacite mandatum datur, ita et tacite suscipi potest: tacita voluntas suscipiendi mandati ex solo silentio colligi posse non videtur; nec enim, qui tacet, statim consentire videtur (1); sed tacitam hanc voluntatem satis demonstrant facta; veluti, si cui negotium gerendum commissum fuerit; et gerendum susceperit, licet verbis se consentire non expresserit (2).

(1) *L. Qui tacet* 142. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *Argum.* §. 1. *instit. de obligat., quae quasi ex contract. nascunt.* (3. 28.)

§. 9.

Si quis absenti per litteras mandaverit, nec is quantocitius rescribat, sibi displicere mandatum, suscepisse hoc ipso mandatum, aliqui praesumunt (1); atque nituntur responso Pauli ajentis, *si filiusfamilias, absentes patre, quasi ex mandato ejus pecuniam acceperit, cavisset, et ad patrem litteras emisit, ut eam pecuniam in provinciam solveret, debet pater, si actum filii sui improbat, continuo testationem interponere contrariae voluntatis* (2). Verum, praeterquamquod severa nimis videri potest haec jureconsulti sententia, facilius praesumitur mandatum in patre respectu filii propter arctissimam personarum conjunctionem, quam in extraneo; nisi forte hic mandantis negotia gerere solitus sit.

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 3. *in fin.*

(2) *L. Si filiusfamilias* 16. *ff. de Senatusconsult. Maced.* (14. 6.)

§. 10.

Praeter expressum, et tacitum mandatum aliae quoque sunt illius species. Dividi insuper potest in generale, quod universa alicujus negotia complectitur, et speciale quod continet quaedam negotia, vel unum dumtaxat: generale rursus dividitur in

Inst. l. 3. tit. 27. ff. l. 17. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 35. generale simplex, et generale cum libera, cum mandans liberam, et plenam confert mandatario administrandi potestatem; atque hic quidem omnia gerere potest, quae ad rectam bonorum administrationem pertinent, nisi quaedam speciatim excepta sint; non tamen ratum habetur, quod fraudulenter gestum probaretur (1). Porro, licet quidam sentiant, nihil interesse, utrum alicui generale simplex mandatum datum sit, an cum libera, huic tamen plenior potestas concessa videtur; ita ut graviora etiam negotia inconsulto domino gerere possit, non ille. Quae autem fieri possint ex generali mandato, infra per species expendemus.

(1) *L. Creditor* 60. §. *ult. ff. hoc. tit.*

§. 11.

Alia proponitur mandati divisio a Justiniano post Cajum, inspecto fine mandati: videlicet mandatum contrahi potest: 1. Solius mandantis gratia: 2. Mandantis, et mandatarii: 3. Aliena tantum gratia: 4. Mandantis, et aliena: 5. Mandatarii, et aliena (1): his addi potest sexta mandati species, cum in mandato versatur utilitas trium personarum, nempe mandantis, mandatarii, et aliena (2). Si quis tua tantum gratia aliquid tibi mandet, proprie mandatum non est, sed potius consilium; ex quo proinde nulla plerumque oritur obligatio (3), ut infra expendemus.

(1) *Princip. instit. hoc tit., l. Mandatum* 2. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si procuratorem* 8. §. *Si quis mandaverit* 3., *et seq. ff. hoc tit.*

(3) *Princ., et* §. *Tua tantum* 6. *instit. hoc tit.*

§. 12.

Exemplis diversa haec mandatorum genera facilius percipiuntur. Si quis Titio mandet, ut negotia mandantis gerat, vel rem ei emat, ut pro eo fidejubeat, solius mandantis utilitas versatur (1). Si res certa emenda mandetur, absque dubio mandatum valet; immo, licet incerta res sit, puta equus, vel etiam domus, aut fundus, dummodo ex personae conditione, vel aliis adjunctis constet, quae domus, vel quod praedium mandans in animo fere habebat; alioquin propter nimiam incertitudinem inutile mandatum fieri posset (2). Quamquam nihil prohibere videtur, quominus domus, vel praedium generatim omnino emendum mandetur ab eo, qui pecuniam habet in emptionem praediorum destinatam; et cujus nihil interest, an unum, vel alterum praedium comparetur, dummodo de locis constet, ubi haec sita sint, et pecuniae quantitate expendenda. Sane apud omnes receptum est, pretii incertitudinem non obesse mandato; mandatarii prudenti arbitrio relictum existimatur (3).

(1) §. 1. *instit. hoc tit., d. l.* 2. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *Argum. l. Cum post* 69. §. *Gener.* 4. *ff. de jur. dot.* (23. 3.), *l. Si domus* 71. *ff. de legat.* 1. (30. 1.), *l. Ita stipulatus* 115. *ff. de V. O.* (45. 1.)

(3) *L. Praeterea* 3. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 13.

Mandantis, et mandatarii gratia contrahitur mandatum, si Titius mandet Maevio, ut pecuniam credat sub usuris ei, qui in rem Titii mutuatur; Titius pecuniae mutuo datae emolumentum percipit, Maevius usuras habet (1). Idem erat, jure vetere inspecto, quo creditor fidejussorem ante reum convenire poterat (2) (quod deinceps a Justiniano immutatum fuit, dato fidejussoribus beneficio ordinis, seu excussionis (3)), si fidejussor creditori mandasset, ut periculo suo debitorem principalem conveniret (4): creditor mandatarius commodum habebat, ut agens ex mandato adversus reum adhuc convenire posset fidejussorem, cum alioquin electione rei fidejussor liberaretur (5): fidejussor quoque commodum sentiebat, quatenus debitore solvente ipse ab obligatione immunis futurus esset.

(1) §. *Tua gratia* 2. *instit. hoc tit., d. l. Mandatum* 2. §. *Tua* 4. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Jure nostro* 5. *cod. de fidejussorib.* (8. 41.)

Inst. l. 3. tit. 27. ff l. 17. tit. 1. Cod l 4. tit. 35.

(3) *Novell.* 4. *cap.* 1.
(4) *D.* §. 2. *in med. instit. hoc tit.*
(5) *L. ult. cod. de fidejussorib.*

§. 14.

Justinianus tertium affert exemplum mandati gratia mandantis, et mandatarii, quod locum habet in eo casu, quo debitor rogat creditorem, ut suo mandantis periculo stipuletur a Titio, quem in hoc creditori delegat (1): mandantis utilitas vertitur; quippequi per novationem a priore obligatione liberatur; mandatarii, quatenus a mandante petere potest, quod a debitore delegato consequi non poterit.

(1) *D.* §. *Tua gratia* 2. *in fin. instit. hoc tit.*, *l. Si mandavero* 22. §. *Interdum* 2. *ff. hoc tit.*

§. 15.

Progreditur Justinianus ad tertiam mandati speciem, qua mandatum aliena tantum gratia interponitur; videlicet cum quis Titio mandat, ut negotia Maevii gerat (1). Sed haec pugnare videntur cum juris regula, quae tradit, actionem non competere alicui, nisi ejus intersit (2). Verum responderi potest, mandantis utique non interesse ab initio, sed, postquam Titius negotia Maevii ex mandato gessit, cum Titius contrariam mandati actionem adversus mandantem habeat, directa quoque mandanti competere debet, ut omnia ex fide gerantur (3): et recte dicitur aliena tantum gratia mandatum hoc interpositum fuisse: cum mandans ex directa sua actione nullum commodum sentiat.

(1) §. *Aliena autem* 3. *instit. hoc tit.*
(2) *L. Si procuratorem* 8. §. *Mandati* 6. *ff. hoc tit*, §. *Alteri* 19. *instit. de inutilib. stipulat.* (3. 20.)
(3) *L. Si quis mandatu* 28. *ff. de negot. gest.* (3. 5.), *l. Si remunerandi* 6. §. *Si tibi* 4. *ff. hoc tit.*

§. 16.

Mandantis, et aliena gratia interpositi mandati planum est exemplum, cum quis Maevio mandat, ut negotia sibi cum Maevio communia gerat (1). Mandatarii, et aliena utilitas vertitur, cum quis Titio mandat, ut pecuniam Maevio sub usuris credat (2): hic autem mandantis ab initio non interest; interesse tamen deinde potest, postquam Titius pecuniam Maevio mutuam credidit, prout modo diximus (§. praeced.). Postremo mandatum mandantis, mandatarii, et alienam utilitatem continet, si tutor contutori mandet, ut pupillo emat, quod ei necessarium est (3).

(1) §. *Sua* 4. *instit. hoc tit.*, *d. l.* 2. §. *Mea* 3. *ff. hoc tit.*
(2) §. *Tua, et aliena* 5. *instit. hoc tit.*, *d. l.* 2. §. 5. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Si procuratorem* 8. §. *Si tutores* 4. *ff. hoc tit.*

§. 17.

Consilium potius, quam mandatum esse diximus (§. 11.), cum quis alteri mandat, quod mandatarii solius intersit; unusquisque explorare debet, an consilium sequi expediat, nec ne: puta an pecunia potius in emptionem praediorum collocanda sit, quam alio modo impendenda (1). Sed regula haec plures habet exceptiones: imprimis tenetur mandans, si dolo suaserit Titio, ut pecuniam foenori daret potius, quam praedia emeret, tenetur, inquam, doli actione (2): potiori ratione obstrictus dici debet, qui suasit Titio, ut Maevio pecuniam crederet; atque cum Titius dubitaret, an tuto ei crederetur, dixerit, *periculo meo crede, bene credis* (3).

(1) §. *Tua tantum* 6. *instit. hoc tit.*, *d. l. Mandatum* 2. §. *ult. ff. hoc tit.*
(2) *L. Idemque* 10. §. *Si quis* 7. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Si vero* 12. §. *Si quis* 13. *ff. hoc tit.*

Inst. l. 3. tit. 27. ff. l. 17. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 35.

§. 18.

An vero teneatur, qui tantum suasit, seu mandavit Maevio, ut certae personae pecuniam crederet, dissensus erat inter Sabinianos, et Proculejanos: sed tandem obtinuit, ait Justinianus, Sabini sententia existimantis, *obligatorium esse in hoc casu mandatum; quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset* (1); quippe hic fidejussori similis videtur (2). Cavendum tamen, ne suasor pro mandante habeatur: qui suadet, alterius arbitrio rem permittit; neque multum urget, ut res fiat: contra qui mandat, vult, et urget, ut fiat, quod mandatum est: suasor non tenetur, utique vero mandans (3): atque in dubio consilium potius praesumitur, quam mandatum, quoties mandantis nihil interest. Sane proxeneta, cum nomen magis monstret, quam mandet, nequaquam tenetur (4).

(1) *D. §. Tua tantum 6. in fin. institut. hoc tit.*

(2) *L. Si haereditatem 32. prop. fin. ff. hoc tit.*

(3) *D. §. 6. institut. hoc tit.*

(4) *L. pen. ff. de proxenetis* (50. 14.)

CAPUT II.

Qui mandare, et quae res mandari possint.

SUMMARIA.

Mandatarius negotium sibi creditum alteri mandare potest. §. 19.
An procurator ad lites alium procuratorem eligere possit. §. 20.
Mandatum rei turpis nullum est. §. 21.
An mandans prae mandatario teneatur, si sceleris mandatum dederit. §. 22.
Quid si mandatarius pravi consilii ignarus sit? §. 23.
Haereditas an alterius mandato adiri possit? §. 24.

§. 19.

Mandare generatim licet illis omnibus, qui contrahere possunt; nec aliquid speciale in mandato cautum invenitur. Mandatarius ipse potest rem sibi commissam alteri mandare, suo utique periculo, ita ut ipse actionem habeat tum directam adversus suum mandatarium, tum contrariam adversus mandantem, a quo vicissim directa conveniri potest (1); primus mandans cum secundo mandatario nec expresse, nec tacite contraxit; adeoque nec eum convenire, nec ab eo conveniri potest. Placuit tamen ex aequitate nonnisi in subsidium conveniri posse primum mandatarium exemplo tutoris inter plures gerentis (2).

(1) *L. Si procuratorem* 8. §. *Si quis* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *L. ult. cod. si tut., vel curat. non ges.* (5. 55.), *Fab. cod. hoc titul. lib.* 4. *tit.* 26. *def.* 2., *et* 3.

§. 20.

Non tamen potest mandatarius alterius opera uti ad perficiendum mandatum, si appareat, singularem ipsius industriam electam fuisse (1): procuratores ad lites post litem contestatam alium procuratorem, si jus Romanum spectemus, eligere possunt, non antea (2): quod tamen hodiernis moribus minus consentaneum est; cum in hisce procuratoribus certae personae industria prae oculis habeatur (3).

(1) *L. Inter artifices* 31. *ff. de solutionib.* (46. 3.)

(2) *L. Neque tutores* 11. *codic. de procuratorib.* (2. 13.)

(3) *V. infra* §. 348.

§. 21.

Inst. l. 3. tit. 27. ff. l. 17. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 35.

Mandari possunt negotia omnia honesta, et licita, nisi speciatim mandari prohibeantur; sed rei turpis mandatum obligatorium non est (1). Si ergo quis aedem sacram spoliandam, hominem vulnerandum, futurum faciendum susceperit, mandati actione caret; neque repetere potest a mandante, quod in poenam flagitii solvere damnatus fuit; nec impensas in mandato exequendo erogatas (2): sibi imputet, cur scelus perpetraverit, atque in illud impenderit.

(1) §. *Illud quoque* 7. *institut. hoc tit. l. Si remunerandi* 6. §. *Rei turpis* 3. *ff. hoc tit.*
(2) *D.* §. 6. *institut. hoc tit., l. Si mandavero* 22. §. *Qui aedem* 6. *ff. hoc titul.*

§. 22.

Ergo mandatario denegatur mandati actio adversus mandantem: sed non ideo a poena immunis est mandans; cum immo poenam pecuniariam laeso praestare teneatur, et publicam delicto propositam sustinere (1); quippequi vere nocens est. Consilium quoque in delictis eadem fere poena mulctatur, prout suo loco dicemus.

(1) *L. Nihil interest* 15. *ff. ad leg. Cornel. de sicar.* (48. 8.)

§. 23.

Sane si quid mandatum sit, quod per se illicitum non appareat, atque mandatarius ignoret, puta si quis operarios ducat in praedium vicini, ut fruges colligant, arbores caedant, et similia faciant, mandatarii pravi consilii ignari, atque expertes, non tenentur (1): sed si a domino interpellati, ut a coepto opere desinant, perficere velint, ob malam fidem eos teneri aequum est (2).

(1) §. *Placuit* 7., *et* §. *Interdum* 11. *ff. de obligat., quae ex delict.* (4. 1.)
(2) *L. De pupillo* 5. §. *Nunciari* 3., *et seqq. ff. de oper. novi nunciat.* (39. 1.)

§. 24.

Actus legitimi (1), puta haereditatis aditio, secundum jus Romanum alteri mandari nequeunt (2): cum tamen haereditas solo animo adeatur, nec ullo facto opus sit (3), ex quo quis mandat alteri, ut haereditatem suo nomine adeat, adiisse existimatur (4). Plane haereditatem Titio delatam, quam damnosam putat, alterius mandato, et periculo adire non prohibent Romanae leges (5).

(1) *L. Nemo alieno* 123. *ff. de reg. juris.* (50. 17.)
(2) *L. Per curatorem* 90. *ff. de acquir. haeredit.* (29. 2.)
(3) *L. Gerit* 88. *ff. eod. tit.*
(4) *Brunneman. in ff. ad d. l.* 90.
(5) *L. Si haereditatem* 32. *ff. hoc titul.*

CAPUT III.

Qui sint mandati effectus, seu de actione mandati.

SUMMARIA.

Mandatum libere suscipitur, sed susceptum impleri debet. §. 25.
Mandati actio competit mandanti, ut mandatarius mandatum perficiat, dummodo mandantis intersit, et quatenus ejus interest. §. 26.
Haeredi, et contra haeredem pro ante gestis, et necessario connexis datur actio mandati. §. 27.
Quid si duo rem pro indiviso ex mandato administraverint? §. 28.
Actione mandati tria petuntur. Quae sint? §. 29.
Mandatarius mandatum juxta demonstratos fines perficere debet. Quid si majori, aut minori, quam mandatum fuit, pretio emerit? §. 30.

Inst. l. 3. tit. 27. ff. l. 17. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 35.

Mandatarius fundum majore pretio emptum mandanti tradere non tenetur, nisi integrum pretium ipsi restituatur. §. 31.

Mandanti actiones omnes a mandatario cedi debent. Si moram faciat in reliquis restituendis, an solvat usuras? §. 32.

Mandatarius juxta generales juris regulas nonnisi de culpa lata tenetur, vel levi, si salarium accipiat. §. 33.

Mandatarius, ex speciali contractus indole, levem culpam indistincte praestat. §. 34., *et* 35.

Diligentiam mediam spondere videtur mandatarius, qui officium ex amicitia suscipit. §. 36.

Mandatarius habet contrariam mandati actionem in solidum adversus plures mandantes, qui tamen beneficio divisionis gaudere possunt. §. 37.

Quae petantur contraria mandati actione? §. 38.

Mandans tenetur liberare mandatarium ab obligationibus ex mandato susceptis erga venditorem, et creditores. §. 39.

Impensae necessariae ad mandatum exequendum mandatario suppeditari debent. §. 40.

Quid si mandatarius pecuniam foenori acceperit, vel suam sub foenore creditam exegerit, mandati perficiendi caussa? §. 41.

Impensae mandatario restituendae sunt, licet mandanti non profuerint. §. 42.

Damnum ex caussa mandati passum a mandante reficiendum est. Quid si occasione tantum mandati damnum contigerit? §. 43., *et* 44.

§. 25.

Mandatum, licet ex amicitia profluat (1), nec ab invito plerumque suscipiatur, susceptum tamen implendum est (2), et data fides custodienda (3): atque hinc oritur mandati actio directa, quae mandanti competit adversus mandatarium, ut mandatum perficiat (4): quia autem mandatarius aliquando damna sustinet, et impensas facit, ut mandanti prosit, data est mandatario contraria mandati actio, qua indemnis servetur (5).

(1) *L.* 1. §. *ult. ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 1. *in princip. ff. hoc tit.*
(3) *L.* 1. *in princ. ff. de pact.* (2. 14.)
(4) *L. Diligenter* 5. §. 1. *ff. hoc tit.*
(5) *L. Mandasti* 46. *ff. de negot. gest.* (3. 5.)

§. 26.

Igitur directa mandati actio competit mandanti, ut mandatarium cogat ad mandatum perficiendum, si modo ejus intersit, et quatenus interest (1); cum enim obligatio, et actio sine caussa non subsistat (2), merito denegata est actio mandanti, si ejus non intersit, mandatum non fuisse impletum, puta si alius negotia mandantis utiliter gesserit, vel nullum damnum ex omissa gestione senserit (3).

(1) *L. Si procuratorem* 8. §. *Mandati* 6. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Palam est* 2. §. *Circa primam* 3. *ff. de dol. mal., et met excep.* (44. 4.)
(3) *D. l.* 8. §. 6. *in fin. ff. hoc tit.*

§. 27.

Haeredi quoque pro illis, quae ex praecedenti mandato gesta sunt, vel necessario pendent, mandati actio datur, nec non adversus haeredem (1); licet enim mandatum morte mandantis, et mandatarii finiatur, attamen mandantis haeres in jus, et onera defuncti succedit: successor vero mandatarii actione adversus defunctum nata conveniri potest. Si mandatarius alteri mandaverit, adversus primum agendum esse mandati, modo demonstravimus (§. 25.)

(1) *L. Si praecedente* 58., *et leg. seq. princ.*, *et* §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 28.

Inst. l. 3. tit. 27. ff. l. 17. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 35.

Si duobus rerum administratio communiter, et pro indiviso mandata sit, singuli in solidum conveniri possunt, saltem si antiquum jus inspiciamus (1): excusso tamen eo, qui solus administravit; prout de tutoribus constitutum est (2). Immo plures sentiunt, ex usu hodierno, pluribus mandatariis competere beneficium divisionis, si omnes tempore litis contestate solvendo sint (3), prout generatim diximus de duobus reis (4).

(1) *L. Creditor* 60. §. *Duobus* 2. *ff. hoc tit.*
(2) *L. ult. codic. de divid. tutel.* (5. 52.)
(3) *Voet in ff. hoc tit. num.* 8. *in med.*
(4) *V. Tom. X.* §. 354. *pag.* 86.

§. 29.

Actione mandati tria petuntur. 1. Ut mandatarius mandatum exequatur juxta praescriptos a mandante fines. 2. Ut restituat, quod apud ipsum ex bonis mandantis est. 3. Ut damnum mandanti datum dolo, vel culpa sua resarciat, prout natura contractus exigit.

§. 30.

Imprimis mandatarius compellitur mandati actione ad perficiendum mandatum (§. 25.) juxta demonstratos fines; quod si mandatum non perfecerit, vel fines mandati non custodierit, solvere debet id, quod mandantis interest (1): qui mandatum implet, sed alio modo, quam praescriptum fuit, aliud facere videtur (2); proinde si Titius Maevio mandaverit, ut fundum Cornelianum emat, isque Sempronianum comparaverit, mandatum implesse non censetur (3): quod si fundum Cornelianum emerit, sed majori pretio, quam mandatum est, actio usque ad constitutum pretium mandatario datur (4). Sane si minoris emerit, utilem adeoque gratam rem mandanti fecisse existimatur (5).

(1) *L. Si quis* 27. §. *Qui mandatum* 2. *ff. hoc tit.*, §. *Is, qui* 8. *institut. hoc titul.*
(2) *L. Diligenter* 5. *ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 5. §. *Itaque* 2. *ff. hoc tit.*
(4) *D.* §. 8 *in med. instit. hoc tit. l. Praeterea* 3. §. *ult., et l. seq. ff. hoc tit. Thes. lib.* 3. *quaest.* 43. *num.* 3. ✠

§. 31.

Mandatarius, qui fundum majori pretio emit, quam ei mandatum fuerat, potest fundum mandanti dare, et pretium mandato comprehensum petere (§. praec.): sed teneri non videtur; nisi integrum pretium, quod solvit, ipsi restituatur, potissimum si fundus tantum valeat, quanti emptus fuit (1): nec enim mandantem cum dispendio mandatarii locupletiorem fieri aequum est (2).

(1) *Vinn. ad* §. 8. *instit. hoc titul. num.* 4., *et* 5., *Brunneman. in ff. hoc tit. ad l.* 4. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indeb.* (12. 6.)

§. 32.

Praeterea mandans actione directa mandati petit, ut sibi restituantur, quae apud mandatarium fortassis ex gestione remanent: res tradat, quas mandantis nomine comparavit una cum fructibus, quos percepit (1); atque actiones mandanti cedat (2); quae tamen actionum cessio hodiernis fori moribus necessaria non est, quoties procurator non suo, sed mandatis nomine emit (3). Quod si mandatarius moram faciat in reliquis restituendis, vel nummos foenori mandantis nomine collocaverit, aut otiosam pecuniam minus penso consilio reliquerit, in usuras condemnatur (4).

(1) *L. Si procuratorem* 8. §. *ult*, *l. Idemque* 10., §. *Si ex fundo* 2. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Qui mandatum* 43., *l. Si mandatu* 45. *in princ. ff. hoc tit.*
(3) *Fab. cod. de rei vindicat. lib.* 3. *tit.* 22. *def.* 6. *in fin.*

Inst. l. 3. tit. 27. ff. l. 17. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 35.

(4) *L. Idemque* 10. §. *Si procurator* 3., *l. Si vero* 12. §. *Dedi* 10. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 26. *def.* 15.

§. 33.

Qualem vero culpam mandatarius praestare debeat, sive in faciendo, sive in omittendo non omnino certum est. Si ex generalis juris regulis quaestio definiatur, cum in mandato plerumque solius mandantis utilitas versetur, de culpa tantum lata teneri videtur, nisi salarium recipiat; quo casu levem quoque praestaret (1): attamen Imperator Constantinus mandatarium de culpa levissima teneri innuit, cum ait, aliena negotia exacto officio geri debere, nec quicquam in eorum administratione neglectum, ac declinatum culpa vacuum esse (2): atque hinc quidam sentiunt, levissimam in mandato culpam praestari.

(1) *L. Si, ut certo* 5. §. *Nunc videndum* 2. *ff. commodat.* (13. 6.), *l. Contractus* 23. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *L. In re mandata* 21. *in fin. cod. hoc tit.*

§ 34.

Verum tum legibus, tum naturali aequitati magis consentanea est eorum sententia, qui a mandatario ultra mediam diligentiam non exigunt, ideoque de levi tantum culpa teneri defendunt (1): legibus quidem; Ulpianus de mandato agens dolum tantum, et culpam commemorat, non secus ac in venditione, pignore, et locatione (2): culpae autem nomine, ut omnes norunt, levis significatur, non lata, quae dolo aequiparatur; nec levissima, quae a casu fortuito parum distare creditur. Aequitas quoque huic sententiae favet; quo enim fundamento mandatarius, qui in alterius utilitatem suscipit officium, ad maximam diligentiam cogi potest; ex quo facile contingeret, ut officium alterius gratia susceptum ei damnosum esset (3).

(1) *V. Perez. in cod. hoc tit. num.* 9.

(2) *D. l. Contractus* 23. *ff. de reg. jur.*, *l. Si procuratorem* 8. §. *ult. in med. ff. hoc tit.*

(3) *L. Si servus* 61. §. *Quod vero* 5. *ff. de furt.* (47. 2.)

§. 35.

Neque nocet, quod contra sentientes ex Constantini rescripto ajunt, aliena negotia exacto officio geri debere; nec quidquam in eorum administratione neglectum, ac declinatum culpa vacuum esse (1): exacti namque officii nomine culpa levis designatur, non levissima, quae opponitur diligentiae maximae, seu exactissimae: quod autem subjicitur, nihil neglectum, aut declinatum culpa vacuum esse, ex natura contractus intelligi debet: nec enim juris regulae abrogatae praesumuntur ex verbis generalibus, quae et commodam interpretationem accipere possunt: eodem modo solvitur, seu potius explicandum est Diocletiani, et Maximiani rescriptum, quo ajunt; *a procuratore dolum, et omnem culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse* (2): culpae nomine levem demonstrant: solum vero casum fortuitum excludere videntur, quia culpa levissima a casu parum distat (§. praeced.).

(1) *Dict. l. In re mandata* 21. *cod. hoc tit.*

(2) *L. A. procuratore* 13. *cod. hoc tit.*

§. 36.

Si autem quaeratur, cur in mandato, tametsi salarium non sit constitutum, media diligentia desideretur, cum tamen minima tantum exigatur in contractibus, in quibus dantis sola versatur utilitas (1), respondemus, ex tacita voluntate contrahentium ita statuendum fuisse; nec enim quis negotia sua alteri gerenda committeret, si solam latam cplpam, quae dolo proxima est (2), gerens praestaret: eamque idcirco mandatarius, qui officium ex amicitia suscipit (4), spondere censetur.

(1) *D. l. Si ut certo* 5. §. *Nunc videndum* 2. *ff. commodat.* (13. 6.)

(2) *V. Quod Nerva* 32. *ff. depositi* (16. 3.), *l. Magna* 226. *ff. de verbor., signific.* (50. 16.)
(3) *L.* 1. §. *ult. ff. hoc tit.*

Inst. l. 3. tit. 27. ff. l. 17. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 35.

§. 37.

Haec pertinent ad directam mandati actionem: contraria mandatario datur adversus mandantem; et quidem in solidum contra singulos, si plures sint (1): ita ut tamen divisionis beneficio gaudeant, si omnes litis contestatae tempore sint solvendo (2), exemplo fidejussorum (3): nec non adversus mandantis haeredes; sive mandantis intersit, sive non; puta quia aliena gratia mandaverit.

(1) *L. Si mandatu* 59. §. *Paulus* 3. *ff. hoc tit.*, *l. Reos* 23., *l. Generaliter* 28. *cod. de fidejussorib.* (8. 41.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 42. *def.* 17. *in corp., et alleg.* 1. ✠
(2) *L. ult. cod. de constit. pecun.* (4. 18.)
(3) §. *Si plures* 4. *instit. de fidejussorib.* (3. 21.)

§. 38.

Contraria mandati actione tria, prout in directa contingit (§. 29.), postulantur: 1. Ut mandatarius ab obligationibus mandati caussa susceptis liberetur: 2. Ut ipsi restituantur impensae, quas in mandato perficiendo erogavit: 3. Ut resarciantur damna, quae mandatarius ex caussa, vel proxima occasione mandati passus est.

§. 39.

Mandans imprimis tenetur mandatarium ab obligationibus ex mandato susceptis liberare puta si mandantis nomine fundum emerit, necdum solverit, etiam ante diem solvendo praefinitum mandatarius juste petit, ut mandans obligationem suscipiat (1): idem est, si mandatarius creditoribus mandantis spoponderit, se certa die soluturum (2): in his porro, et similibus casibus mandans officio satis defungitur, dummodo obligationem in se suscipiat, vel, si creditor nolit obligationem mutare, caveat, se mandatarium defensurum (3).

(1) *L. Si mandatu* 45. *in princip. ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 45. §. *Item si* 2.
(3) *D. l.* 45. §. 2., *et* §. *Quoties* 5. *ff. hoc tit.*

§. 40.

Quod ad impensas pertinet, non tantum finito mandato eas repetere potest mandatarius (1), nisi salarium accipiat, atque convenerit, ut sumptus de suo, seu de salario faciat (2): sed etiam jure desiderat impensas necessarias, ut mandatum exequatur (3); nec enim pecuniam suam in utilitatem mandantis repraesentare tenetur: nisi aliter expressa, vel tacite convenerit; alioquin officium, quod alterius gratia suscepit, contra aequitatis regulas damnosum esset (4).

(1) *L. Si vero* 12. §. *Si mihi* 9. *ff. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 26. *def.* 32.
(2) *L. Idemque* 10. §. *Ideo* 9. *ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 12. §. *ult. ff. hoc tit.*
(4) *L. Si servus* 61. §. *Quod vero* 5. *ff. de furt.* (47. 2.)

§. 41.

Nec tantum impensae necessariae, vel utiles mandatario restituendae sunt, sed et praestandae earum usurae, si ipse pecuniam, foenori acceperit, aut pecuniam, quam foenori habebat, repetierit, ut mandatum exequeretur, licet nulla imputari adhuc possit mandanti mora (1); etenim usurae istae ex caussa damni emergentis, vel lucri cessantis adjudicantur: ne officium mandanti utile mandatario damnosum sit (§. praeced.). Neque mandans actionem contrariam mandati effugere potest, quia nullum ex mandato emolumentum percipiat, puta quia alterius gratia mandaverit: sibi imputet, cur obligationem pro alio suscipere voluerit, prout contingit in fidejussore. Sane usurae, quas mandans pro mandatario solverit, restitui aequum est (2), si solutas probet (3).

Inst. l. 3. tit. 27. ff. l. 17. tit. 1. Cod. l. 4. tit 35.

(1) *L. Si vero* 12. §. *Si mihi* 9. *in med. ff. hoc tit.*
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 26. *def.* 12., 13., *et* 14.
(3) *Fab. d. defin.* 13:

§. 42.

Porro impensae mandatario restituendae sunt, dummodo fines mandati egressus non sit (1), atque bona fide fecisse constet, licet forte mandans minus impensurus fuisset (2), vel optatus mandati finis haberi non potuerit; puta procurator ad lites sententia judicis condemnatus sit (3); vel, cum emendi fundi mandatum haberet, integrum fundum emere non potuerit, sed partes tantum (4): nisi aliud nominatim actum sit (5); vel mandatum perficere sine culpa sua non potuerit (6).

(1) *L. Praeterea* 3. §. *ult.*, *L.* 4.; 5., *l. Rogatus* 33. *ff. hoc tit.*, §. *Is*, *qui* 8., *institut. hoc tit.*
(2) *L. Si quis* 27. §. *Impendia* 4. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Etiamsi* 4. *cod. hoc tit.*
(4) *L. Ita ut omnes* 36. §. *ult. ff. hoc tit.*
(5) *D. l.* 36. §. *Quod si fundum* 2.
(6) *L. Qui mutuam* 56. §. *ult. ff. hoc tit.*

§. 43.

Praeter impensas mandatarius a mandante repetit damnum, quod ex caussa mandati passus sit: puta si quis mandaverit emi servum certum, isque mandatario furtum fecerit; etenim culpae mandantis imputari potest, cur diligentius non inquisierit in servi comparandi qualitatem (1): quod si servum in genere emendum quis mandaverit, liberari potest, servum noxae dando (2); quia mandans nullius culpae reus videri potest; adeoque damnum casu contigisse judicatur, quem nemo praestat.

(1) *L. Si servus* 61. §. *Quod vero* 5. *ff. de furt.* (47. 2.), *V. Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 26. *def.* 3.
(2) *L. Inter caussas* 26. §. *Sed, cum servus* 7. *ff. hoc tit.*

§. 44.

Quod si damnum non ex caussa, sed occasione mandati contigerit, puta mandatarius, mandati perficiendi caussa profectus, a latronibus spoliatus sit, aut naufragio res amiserit: vel languore suo, suorumve apprehensus quaedam erogaverit, cum haec casui potius adscribi debeant, quam mandanti, stricto jure inspecto, mandatarius repetere non potest (1): humanius tamen facit mandans, qui hunc quoque casum pro parte saltem praestat (2): cum mandatarius justissime allegare possit, se damnum hoc passurum non fuisse, si a mandato abstinuisset (3).

(1) *D. l. Inter caussas* 26. §. *Non omnia* 6. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc. tit. lib.* 4. *tit.* 26. *defin.* 29. *in princip.*
(2) *Fab. d. defin.* 29. *in fin.*, *Voet in ff. hoc tit. num.* 13. *in fin.*
(3) *D. l.* 61. §. 5. *ff. de furt.* (47. 2.)

CAPUT IV.

Quibus modis finiatur mandatum.

SUMMARIA.

Mandatum cessat morte mandantis. Quid si mandatarius alteri negotium gerendum crediderit? §. 45.

Mandatum, mortuo etiam mandante, non extinguitur, si post hujus mortem fieri debeat, vel possit, quod mandatum fuit. §. 46.

Nec cessat mandatum morte mandantis, si officii nomine mandaverit; vel si actio mandata sit. Quid de institore, et mandatario mortem ignorante? §. 47. Inst. l. 3. tit. 27. ff l. 17. tit. 1. Cod l. 4. tit. 37.

Mandatarii morte plerumque extinguitur mandatum: sed datur haeredibus mandatarii actio pro ante gestis. §. 48.

Quid si haeredes mandatarii bona fide gerere perrexerint? §. 49., *et* 50.

Revocatione mandantis quovis tempore facta cessat mandatum: sed si res amplius integra non sit, mandatarius indemnis servari debet. §. 51.

Renunciari potest mandato etiam intempestive, praestita tamen mandanti indemnitate: nisi justa caussa excuset. §. 52, *et* 53.

Mandatum tacite revocatum aliquando intelligitur. §. 54.

Mandati revocatio non praesumitur, sicuti nec renunciatio. Quid si quis diversis temporibus mandatum duobus procuratoribus dederit? §. 55.

§. 45.

Finitur mandatum morte mandantis, vel mandatarii, revocatione, aliquando etiam renunciatione. In primis mandante mortuo, cessat mandatum (1); quia morte mandantis finitur ejus voluntas, ex qua totum mandatum pendet, cum possit ab eo pro arbitrio revocari (2), ut infra dicemus, indemni utique servato mandatario. Sane, si mandatarius alteri idem negotium gerendum mandaverit, non secundi, sed primi mandantis mors inspicitur (3); non enim a secundi, sed a primi voluntate mandatum pendet.

(1) §. *Item si* 10. *instit. hoc tit.*, *l. Mandatum* 15. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Si vero* 12. §. *Si mandavero* 16. *ff. hoc tit.*

(3) *Fab. cod. de procuratorib. lib.* 2. *tit.* 8. *def.* 24., *et cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 26. *def.* 19.

§. 46.

Sed regula haec plures habet exceptiones: atque ideo mandatum morte mandantis non finitur, si id, quod mandatum est, post mortem mandantis fieri debeat, puta haeredi dari, vel haeredi fundum emi (1): vel fieri possit, veluti monumentum extrui (2). Si Titius a Maevio ex mandato Sempronii stipulatus sit decem sibi dari post mortem Sempronii: mandatum vivo Sempronio implementum habet; et solus stipulationis effectus post mandantis mortem differtur (3).

(1) *L. Idem est* 13. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si vero* 12. §. *ult. ff. hoc tit.*

(3) *L. ult. in princip. ff. de solut.* (46. 3.)

§. 47.

Praeterea durat mandatum post mandantis mortem, si hic non privato, sed officii nomine mandaverit, puta praeses judicem dederit (1): si actio mandata sit (2): atque favore promiscui usus, et commerciorum singulariter receptum, ut institor etiam post mandantis mortem agere possit, donec mandatum ab haeredibus praeponentis revocatum fuerit (3): atque etiam ex aequitate ratum habetur negotium absolutum post mandantis mortem a mandatario, qui eam ignoraverit (4).

(1) *L. Venditor* 49. §. 1. *ff. de judic.* (5. 1.)

(2) *L.* 1. *cod. de obligat., et actionib.* (4. 10.)

(3) *L. Si quis mancipiis* 17. §. *Si impubes* 2., *et seq. ff. de institor. action.* (14. 3.)

(4) §. *Item, si* 10. *instit. hoc tit.*, *l. Inter caussas* 26. *princip.*, *et* §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 48.

Quemadmodum mandantis (§. 45.), ita et mandatarii morte plerumque extinguitur mandatum (1): singularis personae industria electa creditur, quae in haeredem non transfertur. Quare haeredes nec coepta negotia perficere possunt, et mandati actione carent, si perfecerint (2): quamquam si defunctus jam aliquid gesserit, vel vivo

Inst. l. 3. tit. 27. ff. l. 17. tit. 1. Cod. l. 4 tit. 35.

mandante aliquid gestum sit, actio mandati tum directa, tum contraria locum habet (3): quo sensu tradunt interpretes, explicandum esse tum Justinianum (4), tum Gajum (5), cum integri mandati mentionem faciunt: nimirum ut significent, mandato non integro actionem mandati esse.

(1) *D. §. Item, si 10. instit. hoc tit.*; *l. Si quis 27. §. Morte 3. ff. hoc tit.*

(2) *D. l. 27. § 3. ff. hoc tit., d. §. 10. instit. hoc tit.*

(3) *L. Inter caussas 26. in princip., l. Si praecedente 58. ff. hoc tit.*

(4) *D. §. Item, si 10. instit. hoc tit.*

(5) *D. l. Si quis 27. §. Morte 3. ff. hoc tit.*

§. 49.

Sed et haec quoque regula exceptionem habet, atque valet, quod ab haeredibus bona fide, forte putantibus negotia non mandantis, sed mandatarii propria esse, gestum fuerit; ita ut haeredibus ex aequitate utilis saltem mandati actio dari debeat; ne justa, et probabilis ingnorantia, ut ait Justinianus, de morte mandantis ignorata disserens, damnum afferat (1): quamquam censuit Papinianus, mandanti ex haeredum gestione laeso, et absenti, cum haeredes negotia gerebant, succurrendum, ut quae gesta sunt, rescindere possit (2).

(1) *D. §. Item, si 10. instit. hoc tit.*

(2) *L. Mandatum 57. ff. hoc tit. ubi pro* utiliter *legendum esse* inutiliter *textus ipse demonstrat, et notant eruditi.*

§. 50.

Cur autem non rescindatur, quod bona fide gessit mandatarius post mandantis mortem (§. 47.), utique vero, quod a mandatarii haeredibus gestum est (§. preced.), haec afferri solet conveniens discriminis ratio: in primo casu is plane negotia gerit, cujus industria electa fuit: atque damnum, quod forte contingat, mandanti imputari potest: sed in altero casu alii, qui electi non sunt, administrationi se immiscuerunt, nec mandanti potest imputari, cum haeredes non elegerit.

§. 51.

Revocatione mandantis cessat mandatum; atque revocatio fieri potest, sive res integra sit (1), sive non integra, ita tamen ut in posteriore casu mandatarius indemnis servetur (2). Ideo autem placuit revocationem mandati permittere contra generales juris regulas (3), quia in mandantis utilitatem suscipitur; nec mandatarius queri potest, cur mandans opera sua amplius uti nolit: revocato autem mandato, imputari non potest mandatario, cur non exegerit a debitoribus, a quibus exigere jussus fuerit, licet interim solvendo idonei esse desierint (4).

(1) *§. Recte quoque 9. instit. hoc tit.*

(2) *Argum. §. Mandatum 11. institut. hoc tit., l. Si quis 27. §. 1. ff. hoc tit.*

(3) *L. sicut initio 5. cod. de obligation., et actionib. (4. 10.).*

(4) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 26. definit. 6.*

§. 52.

Renunciatione quoque mandatarii extinguitur mandatum (1); cum enim mandatum ex amicitia initium habeat (2), eadem postulare visa fuit, ut liceat mandatario a suscepta obligatione recedere; dummodo tempestive renunciet: ita ut mandans vel per se, vel per alium rem mandatam implere possit (3). Quod si intempestive facta sit renunciatio, id, quod interest, mandanti praestandum, aequitas suadet (4): alioquin mandans deciperetur.

(1) *§. Mandatum 11. instit. hoc tit.*

(2) *L. 1. §. ult. ff. hoc tit.*

(3) *D. §. 11. in med., l. Si mandavero 22. §. ult. ff. hoc tit.*

(4) *D. §. 11. in fin. instit. hoc tit., l. Si quis 27. §. Qui mandatum 2. ff. hoc tit.*

Inst. l. 3. tit. 28. ff. l. 44. tit. 7. Cod. l. 4. tit. 10.

§. 53.

Si tamen justa aliqua caussa intervenerit, cur mandatarius non renunciaverit, aut intempestive renunciaverit, cessat mandati actio (1): justae autem caussae reputantur adversa valetudo; capitales inimicitiae, quae inter mandantem, et mandatarium exortae sint (2): si inanis futura sit actio mandatario, puta quia mandans solvendo idoneus esse desierit; ita ut impensae ab eo repeti nequeant; absentia reipublicae caussa, et similes (3).

(1) *D. §. Mandatum* 11. *in fine instit. hoc tit.*
(2) *L. Sane* 23. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 26. *def.* 5.
(3) *L. Seu ob inanes* 24., *et leg. seq.*, *d. l.* 27. §. 2. *ff. hoc tit.*

§. 54.

Revocatio mandati non expresse tantum, sed etiam tacite fieri potest, puta, si dominus servum dispensatorem, seu quem exigendis pecuniis praeposuerat, manumittat, hoc ipso censetur revocasse mandatum; ita ut illi amplius solvere nequeant debitores; quamquam ex aequitate liberantur, si revocationem, seu manumissionem ignorantes solverint (1): idem dicendum, si is, cui creditor solvi mandaverat, statum mutet; puta in adoptionem datus sit, in exilium missus, aqua, et igne interdictus (2).

(1) *D. §. Item, si* 10. *in fin. instit. hoc tit.*
(2) *L. Cum quis* 38. *ff. de solution.* (46. 3.)

§. 55.

Cum autem voluntatis mutatio res facti sit, quae facile praesumenda non est, sed ab allegante probanda (1), idcirco nec revocatio, nec renunciatio mandati admittenda, nisi satis de ea constet. Sane, qui diversis temporibus mandatum duobus procuratoribus dedit, priorem prohibuisse videtur (2). Caetera, quae ad procuratores pertinent, suo loco trademus (3).

(1) *L. Eum, qui* 22. *ff. de probat.* (22. 3.).
(2) *L. Si quis* 31. §. *ult. ff. de procurat.* (3. 3.).
(3) *V. infra lib.* 4. *tit.* 2. *de procuratorib.*

TITULUS XXIV.

De obligationibus ex quasi contractu.

Instit. lib. 3. tit. 28. *De obligat., quae quasi ex contract. nascunt.*
Digest. lib. 44. tit. 7. } *De obligat., et action.*
Cod. lib. 4. tit. 10. }

SUMMARIA.

Obligationes ex quasi contractu nascuntur circa conventionem expressam, vel tacitam. §. 56., *et* 57.
Obligationes hujus generis nituntur consensu praesumpto, vel a lege inducto. §. 58.
Quasi contractus describi possunt facta honesta, ex quibus oritur obligatio. Quot sint obligationum ex quasi contractu species? §. 59., *et* 60.

§. 56.

Post contractus, qui re, verbis, litteris, vel solo consensu perficiuntur, sequitur disputatio de quasi contractu, seu obligationibus, quae ex quasi contractu, seu quasi ex contractu, oriuntur (1). Obligationes hujusmodi dicuntur ex quasi contractu, seu quasi ex contractu, quia nascuntur citra conventionem expressam, vel tacitam; sed

Inst. l. 3. tit. 28. ff. l. 44. tit. 7. Cod. l. 4. tit. 10.

nituntur consensu praesumpto, vel a lege inducto ob utilitatem contrahentium, vel publicam utilitatem. Fusius haec explicanda sunt.

(1) *Princip. institut. hoc tit.*

§. 57.

Imprimis dicimus, obligationes ex quasi contractu nasci citra conventionem expressam, vel tacitam: de expressa nulla difficultas est: sed nec tacita conventio hic admitti potest; si enim vel tacite quis consentiat, contractus erit; cum tacito consensu eadem, ac expresso, vis in jure tribuatur (1): atque hinc tacite contrahi dicuntur locatio (2), societas (3), mandatum (4): praeterquamquod etiam invitos, et ignorantes quasi ex contractu obligari traditur (5): eosque, qui consensus capaces non sunt, veluti furiosos (6).

(1) *L. Cum quid mutuum* 3. *ff. de reb. credit.* (12. 1.)
(2) *L. Item quaeritur* 13. §. *ult. ff. locati* (19. 2.)
(3) *L. Societatem* 4. *ff. pro socio* (17. 2.)
(4) *L. Si remunerandi* 6. §. *Si passus* 2., *l. Qui patitur* 18. *ff. mandati* (17. 1.)
(5) §. 1. *instit. hoc tit.*
(6) *L. Furiosus* 46. *ff. de obligat., et actionib.* (44. 7.)

§. 58.

Ergo obligationes, de quibus agimus, ex re potius nascuntur (1), seu ex facto honesto, puta negotiorum gestione, vel administratione tutelae, cui facto vel consentire praesumitur ille, cujus negotia geruntur, vel lex consensum supplet, ita suadente aequitate, vel publica utilitate (2): profecto si quis consensum praesumptum, vel a lege inductum velit tacitum appellare, non refragamur; quamquam minus proprie appellatio haec accommodatur.

(1) *D. l.* 46. *ff. de obligation., et actionibus.*
(2) *L. Si quis absentis* 2. *in fin. ff. de negot. gest.* (3. 5.)

§. 59.

Ex his patet, quasi contractus definiri, seu describi posse, facta honesta, ex quibus oritur obligatio: atque obligationes ex quasi, seu quasi ex contractu illae sunt, quae ex factis honestis, et a lege probatis originem habent. Quinque ex his factis a Justiniano recensentur, videlicet negotiorum gestio, tutelae administratio, communio rerum citra societatem, haereditatis aditio, atque indebiti solutio (1).

(1) §. 1., *et seqq. instit. hoc tit.*

§. 60.

Primae quatuor species ad hunc locum vere pertinent, sed indebiti solutio potius ad contractus referri debet: adeoque de ea agemus, cum de caeteris conductionibus verba faciemus. De tutelae administratione, nec non aditione haereditatis jam diximus. Quare superest, ut tradamus, quae ad negotiorum gestionem, et rerum communionem pertinent: cum autem communio rerum, quae inter cohaeredes fit, praecipuas, et gravissimas habeat difficultates, seorsim de ea disseremus. Tria ergo erunt hujus tituli capita. Primum de negotiis gestis. Alterum de divisione rerum communium extra haereditatem. Tertium de haereditatis, seu familiae divisione.

CAPUT I.

Inst. l. 3. tit. 28. ff. l. 3. tit. 5 Cod. l. 2. tit. 19.

De negotiis gestis.

Instit. lib. 3. tit. 28. *De obligation., quae quasi ex contract.*
Digest. lib. 3. tit. 5. Cod. lib. 2. tit. 19. } *De negotior. gest.*

SUMMARIA.

Negotiorum gestor is dicitur, qui sine mandato gerit negotia absentis, vel ignorantis. §. 61.

Alienis negotiis utilitatis caussa se immiscere laudabile est. §. 62.

Negotiorum gestorum actio competit, cujuscumque negotia gesta fuerint. §. 63.

Directa negotiorum gestorum actio competit illi, cujus negotia gesta sunt, adversus gerentem, vel geri mandantem. §. 64.

Quae petantur directa negotiorum gestorum actione? §. 65., *et* 66.

De qua culpa teneatur negotiorum gestor? §. 67.

Negotiorum gestor casum fortuitum plerumque non praestat. §. 68.

Negotiorum gestor etiam de omissis tenetur, si haec gerere debuerit. §. 69.

Pecuniam exigere non potest negotiorum gestor a debitoribus. §. 70.

Actio contraria competit negotiorum gestori adversus eum, cujus negotia gessit, ut indemnis servetur. Quid de impensis, et usuris? §. 71., *et* 72.

Qui proprii commodi caussa alterius negotia gessit, non ultra repetit, quam alteri profuerit. §. 73., *et* 74.

Quid si quis, putans se negotia Titii gerere, res Maevii utiliter gesserit, vel tamquam sua? §. 75., *et* 76.

Actio negotiorum gestorum an denegetur ei, qui inviti, et prohibentis negotia utiliter gesserit? §. 77.

Negotiorum gestorum actio ad repetendas impensas denegatur ei, qui pietatis intuitu, et animo donandi impenderit, puta patri, et marito. Quid de matre? §. 78.

Actio negotiorum gestorum parum differt ab actione mandati. §. 79.

§. 61.

Negotiorum gestor in jure dicitur, qui gerit negotia alterius absentis, vel ignorantis sine mandato (1); etenim, hoc interveniente vel expresse, vel tacite, mandatarius appellaretur, vel procurator: quamquam lata significatione procuratoris nomen negotiorum gestori interdum accommodatur (2).

(1) *L. Qui servum* 41. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Quis* 58. *ff. de solution.* (46. 3.)

§. 62.

Licet nemo irrequisitus alienis se negotiis regulariter immiscere debeat (1), si tamen ita suadeat utilitas ejus, cujus geruntur negotia, alioquin deserenda, laudandus omnino, qui operam suam alterius gratia impendit: atque ideo prodita est actio contraria negotiorum gestori (2): ne officium suum ipsi damnosum sit contra aequitatem (3); sicuti et directa datur rerum domino, ne damnum patiatur, unde lucrum expectabat (4).

(1) *L. Culpa est* 36. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) §. 1. *institut. hoc tit.*, *l. Si quis absentis* 5. *ff. de obligat.*, *et actionib.* (44. 7.)

(3) *L. Si servus* 61. §. *Quod vero* 5. *ff. de furt.* (47. 2.)

(4) *Dict.* §. 1. *institut. hoc tit.*, §. *Actionum* 28. *instit. de actionib.* (4. 6.)

Inst. l. 3. tit. 28. ff. l. 3. tit 5. Cod. l. 2. tit. 19.

§. 63.

Nihil porro interest, cujuscumque negotia gesta fuerint, sive jam nati, et absentis (1); sive adhuc in utero existentis (2), aut jam defuncti, seu jacentis haereditatis (3): sive majoris aetate, et consilio praediti, sive furiosi, aut pupilli (4): eadem est in omni casu utilitatis, et aequitatis ratio (§. praeced.)

(1) *D. l. Si quis absentis* 5. *ff. de obligat., et action.* (44. 7.)
(2) *L. Cum pater* 29. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Ait praetor* 3. §. *Haec verba* 6. *ff. hoc tit.*
(4) *D. l.* 3. §. *Et, si furiosi* 5., *l. Si pupilli* 6. *ff. hoc tit.*

§. 64.

Hisce praelibatis, breviter expendendum, quibus, et adversus quos detur actio negotiorum gestorum tum directa, tum contraria: et quo utraque tendat. Directa negotiorum gestorum actio datur illi, cujus negotia gesta sunt, vel cujus interest hoc judicio experiri (1), adversus eum, qui gessit (2), vel geri mandavit (3): tametsi mulier gesserit (4), aut pupillus; in quem actio competit, quatenus locupletior factus est (5).

(1) *L. Actio* 47. *princip.*, *et* §. 1. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Si pupilli* 6. §. *Si quis* 2. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Nam et Servius* 21. §. *ult. ff. hoc tit.*
(4) *L. Ait praetor* 3. §. 1. *ff. hoc tit.*
(5) *D. l.* 3. §. *Pupillus* 4. *ff. hoc tit.*

§. 65.

Actione negotiorum gestorum petitur, ut gestor rationes administrationis reddat (1), atque restituat, quod ex administratione retinet: non tamen ei, cujus negotia gessit, si plus justo, vel indebitum acceperit, prout perperam tradit Ulpianus (2); res enim domino dari debet (3). Nec ad maximas usuras condemnari negotiorum gestorem, qui pecuniam alienam in suos usus converterit, patitur aequitas, aut hodiernus fori usus, licet aliud placuerit Tryphonino (4).

(1) §. 1. *in fin. institut. hoc tit.*
(2) *L. Si autem* 8. §. 1. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Item veniunt* 20. §. *Sed si vendidit* 18. *in fin. ff. de haereditat. petit.* (5. 3.)
(4) *L. Qui sine usuris* 38. *ff. hoc tit.*

§. 66.

Si negotiorum gestor pecuniam foenori collocaverit, exactas usuras restituere cogitur; non tamen subit periculum nominis, nisi debitori minus idoneo pecuniam non satis penso consilio crediderit (1): quod si pecuniam otiosam retinuerit, cum et haec fuisset domini consuetudo (2), vel periculum in foenerando esset, ad nihil tenetur (3).

(1) *L. Litis contestatae* 37. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Qui semisses* 13. §. *ult. ff. de usur.* (22. 1.)
(3) *L. Debitor* 13. *ff. hoc tit.*

§. 67.

Quod spectat ad culpam a negotiorum gestore praestandam, Romanae leges levissimam exigere videntur (1); quasi eam promittere videatur, qui sponte se alienis negotiis immiscet; saltem si alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia (2); adeoque nulla urgente necessitate, quae si urgeat, placuit, gestorem non nisi de dolo, et lata culpa teneri (3), sicuti et in eo casu, quo judicis jussu quis aliena negotia administranda susceperit (4).

(1) *L. Contractus* 23. *ff. de regul. jur.* (50. 17.), *l. Si mater* 24. *cod. de usur.* (4. 32.)
(2) §. 1. *in fin. instit. hoc tit.*
(3) *L. Ait praetor* 3. §. *Interdum* 9. *ff. hoc tit.*
(4) *D. l.* 3. §. *Si executor.* 8. *ff. hoc tit.*

§. 68.

Inst. l. 3. tit. 28. ff. l. 3. tit. 5. Cod. l. 2. tit. 19.

Casum fortuitum non praestat negotiorum gestor (1): nisi culpa gestori possit imputari; puta si foenori dederit pecuniam praeter domini consuetudinem, vel novum negotiationis genus inierit; ita tamen ut damni cum lucro compensatio fiat, ita suadente aequitate (2), licet aliud inter socios servetur (3): aut culpa praecedens caussam dederit casui fortuito, veluti si praerepta sit pecunia, quam creditoribus solvere perperam distulit gestor (4).

(1) *L. Sive haereditaria* 22., *l. Litis contestatae* 37. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Si negotia* 11. *ff. hoc tit.*
(3) *L. De illo* 23. §. 1., *et ll. seqq. ff. pro soc.* (17. 2.)
(4) *L. Debitor* 13. *ff. hoc tit.*

§. 69.

Non tantum de gestis tenetur, sed et de iis, quae omisit, si modo haec gerere debuisset, alioquin propria voluntas finem administrationis facit (1): gerere vero, seu perficere tenetur, quae inchoavit, non caetera, nisi sequens negotium priori, quod gessit, connexum sit; vel alius gesturus fuisset, nisi destitisset, quia hunc gerere videret (2). Proinde negotiorum gestor solvere tenetur, quod ipse debet (3), nec non sibi solvere, ut sistatur usurarum cursus (4).

(1) *L. Tutori* 20. *cod. hoc tit.*
(2) *L. Si pupilli* 6. §. *ult. ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 6. §. *ult. ff. hoc tit.*
(4) *L. Debitor* 13., *l. Divortio* 35. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 70.

Non quemadmodum negotiorum gestor a se ipso exigere potest, ac debet (§. praeced.), ita et ab aliis debitoribus ejus, cujus negotia gerit; cum actione careat adversus istos (1): nisi forte conjuncta persona sit, cui leges Romanae agendi sine mandato facultatem tribuunt (2), facile possit plene cavere de rato, atque omnia absentis negotia gerenda susceperit (3). Verum haec non difficilius servantur hodiernis moribus, quibus conjunctae personae permittitur, ut sine mandato agat, nec interpellationis extra judicium factae ratio haberi solet (4).

(1) *D. l. Si pupilli* 6. §. *ult.*, *l. Dispensatorem* 62. *in fin. ff. de solut.* (46. 3.)
(2) *L. Sed et haec* 35. *ff. de procurat.* (3. 3.)
(3) *L. Si autem* 8. *ff. hoc tit.*
(4) *Voet in ff. hoc tit. num.* 7. *in fin.*

§. 71.

Hactenus de directa negotiorum gestorum actione: contraria gerenti datur adversus illum, cujus negotia gessit, ut indemnis servetur, seu consequatur id, quod ei abest, vel abfuturum est (1): puta si se, vel bona sua pro absente obligaverit, jure petit, se, vel bona sua a vinculo liberari (2): quod si periculum sit, ne imposterum aliquid ex negotiorum gestione ei abfuturum sit, cautio de indemnitate praestanda est (3).

(1) *L. Si quis absentis* 2. *in fin. ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 10. *def.* 2.
(2) *D. l.* 2. *in princ.*, *l. Si quis mandatu* 28. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Liberto* 31. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 72.

Impensas quoque in alterius utilitatem factas repetit negotiorum gestor, sive illae necessarie sint, sive utiles (1); nec non usuras, quas ipse solvere, vel quas ex pecunia sua honeste percipere aliunde potuisset (2): dummodo bona fide, et prout bonum patremfamilias decet, impenderit (licet impensae non profuerint, vel utilitas non duret, puta refecta domus corruerit (3)), nec plus impenderit, quam oportuerat: quippequo casu id tantum repeteret, quod recte impensum est (4).

Inst. l. 3. tit. 28. ff. l. 3. tit. 5. Cod. l. 2. tit. 19.

(1) *L. Quae utiliter* 45. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Atqui naturam* 19. §. *penult. ff. hoc tit.*
(3) *L. Sed an ultro* 10. §. 1. *ff. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 10. *def.* 3.
(4) *D. l.* 10. §. 1., *l. Si quis* 25. *ff. hoc tit.*

§. 73.

Sed quid dicendum, si quis non alieni, sed proprii commodi caussa alienis se negotiis immiscuerit? Placuit, repetitionem non dari impensarum, nisi quatenus locupletior factus est alter, cujus negotia gessit (1); ne hic cum alterius jactura ditetur (2); illum autem, cum suae potius utilitati studuerit, ultra quam alteri profuit, repetere non decet.

(1) *L. Si pupilli* 6. §. *Sed et si* 3. *in fin. ff. hoc tit.*
(2) *L. Nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indeb.* (12. 6.)

§. 74.

Ex his constat, impensas repeti non posse ab eo, qui indebitum pro alio solverit (1); aut pro eo, qui ad solvendum cogi non poterat, puta qui compensatione, vel alia exceptione, se defendere poterat (2): aut si voluptatis caussa impensum sit (3); quia nullum in hisce casibus emolumentum alteri quaesitum est; atque sibi imputare debet negotiorum gestor, cur diligentius non inquisierit, antequam solveret, vel impenderet.

(1) *L. Si quis negotia* 25. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Cum pecuniam* 43. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Ex duobus* 27. *ff. hoc tit.*

§. 75.

Si quis putans negotia Titii gerere, res Maevii utiliter gesserit, adversus Maevium, cui vere profuit, ad indemnitatem agere potest (1): idem traditur de eo, qui errans putaverit, sibi mandatam fuisse negotiorum gestionem (2); vel ad eam ex officio teneri (3): aequitas in hisce casibus suasit consuli gerenti, ne ex officio suo, quod alterius gratia suscepit, damnum sentiat (4).

(1) *L. Item, si* 5. §. 1., *l. Si pupilli* 6. §. *Si Titii* 8. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 5. *in princ. ff. hoc tit.*
(3) *L. Ait praetor* 3., §. *Hac actione* 10. *ff. hoc tit., l. Curatorem* 6. *cod. hoc tit.*
(4) *L. Si servus* 61. §. *Quod vero* 5. *ff. de furt.* (47. 2.)

§. 76.

Non idem omnino dicendum in eo casu, quo quis aliena negotia gesserit tamquam sua; puta debitoribus haereditariis solverit, se haeredem falso putans; cum enim suo nomine solvens verum haeredem non liberaverit, potius ei danda condictio indebiti, qua solutum a creditoribus repetat (1), quam actio negotiorum gestorum adversus eum, cujus negotia gerere noluit: plane si possessor haereditatis aes alienum haereditario nomine solverit, negotiorum gestorum actione repetit, quod pro haerede solvit (2).

(1) *L. Cum qui sibi* 38. §. *De peculio* 2. *prop. fin. ff. de solutionibus* (46. 3.)
(2) *L. ult. ff. hoc tit.*

§. 77.

Plures sunt casus, in quibus cessat actio negotiorum gestorum: veluti si quis inviti, et prohibentis negotia gesserit, Romanae leges denegant actionem, utique pro impensis factis post prohibitionem, licet utiles sint, non pro prioribus (1): sed haec Romani juris sanctio pluribus, et merito videtur aliena ab aequitate, quae non sinit, ut quis ex alienis spoliis ditetur (2): adeoque actionem concedendam putant, quatenus alter locupletior factus est, prout servatur in possessore malae fidei (3).

(1) *L. ult. cod. hoc tit., l. Si autem* 8. §. *Julianus* 3. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indeb.* (12. 6.)
(3) *Voet in ff. hoc tit. num.* 11.

§. 78.

Inst. l. 3. tit. 28. ff. l. 10. tit. 3. Cod. l. 3 tit. 37.

Facilius deneganda est negotiorum gestorum actio ad repetendas impensas ei, qui pietatis intuitu erogaverit, absque animo repetendi: hic autem animus plerumque praesumitur in patre, qui filio studiorum, aut simili caussa sumptus suppeditet (1): in marito aegrotam curante uxorem (2): cui alimenta debet, et quidquid ad vitam sustentandam necessarium est: quae mater in filiorum alimenta impendit, plerumque non repetit, cum ex materna pietate ea filiis debeat (3); caetera vero, quae in filiorum utilitatem erogavit, repetere potest, nisi donandi animus intercesserit, imo et alimenta si pater dives sit, atque idoneus alendis filiis (4); cum onus hoc ad patrem spectet (5). Plane, si mater tutelam filii gerat, ex filii bonis in dubio impendere praesumitur (6).

(1) *L. Quae pater* 50. *ff. famil. ercisc.* (10. 2.)
(2) *L. Quod in uxorem* 13. *cod. hoc tit.*
(3) *L. Alimenta* 11. *cod. hoc tit.*
(4) *D. l.* 11. *cod. hoc tit., l. Nesennius* 34. *ff. hoc tit.*
(5) *V. Tom. I. pag.* 197. §. 539.
(6) *Argum. l. ult. ff. de haereditat. petit.* (5. 3.)

§. 79.

Neque potest actione negotiorum gestorum repeti, quod in alterius utilitatem impensum est, si alius gratis impensurus fuisset (1): quod si dominus, cujus negotia gesta fuerunt, rata habeat, perinde ac si ab initio ipsius mandato gesta fuissent, actio mandati locum habere potest (2): alioquin pro gestis ante ratihabitionem sola competit negotiorum gestorum actio (3); quae tamen eandem vim habet, eosdemque ac mandatum effectus parit. Sed in his ulterius non immoramur, cum rara admodum sit negotiorum gestio (4).

(1) *L. Contra impuberes* 2. *in fin. cod. hoc tit.*
(2) *L. Pomponius* 9. *ff. hoc tit., l. Si pecuniam* 9. *cod. hoc tit.*
(3) *L. ult. cod. ad Senat. Consult. Macedon.* (4. 28.)
(4) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 10. *def.* 1.

CAPUT II.

Communi dividundo, seu de rerum communium divisione.

Instit. lib. 3. tit. 28. *De obligation., quae quasi ex contract. etc.*
Digest. lib. 10. tit. 3. } *Commun. dividund.*
Cod. lib. 3. tit. 37. }

SUMMARIA.

Actio communi dividundo plerumque competit illis, qui titulo singulari rem communem habent. §. 80., *et* 81.

Actio communi dividundo competit quocumque titulo, et jure res communes sint. §. 82.

Emphyteuta, et creditores hypothecarii communi dividundo agere possunt. §. 83.

Quid si res communis individua sit: vel plures res individuae communes dicantur? §. 84.

Servitutum praedialium usus inter plures dividi potest. §. 85.

Actio communi dividundo instituitur adversus eos, qui rem communem tenent, proprio jure, et nomine. §. 86.

In divisione rerum communium judex sequi debet, quod omnibus potissimum utile est, nisi socii omnes in quendam divisionis modum sponte consentiant. §. 87., *et* 88.

Inst. l. 3. tit. 28. ff. l. 10. tit. 3. Cod. l. 3. tit. 37.

Actione communi dividundo petitur refectio damni ab uno in re communi dati. §. 89.
Impensae in rem communem utiliter factae judicio communi dividundo recte petuntur. §. 90.
Quid si quis impenderit errans in socii persona, vel rei conditione? §. 91.
Socius invito socio in re communi nihil novi facere potest, nisi publica utilitas aliud suadeat. §. 92.
Quid si socius facientem non prohibuerit? §. 93.
Socius partem rei communis ad alios spectantem alienare non potest. §. 94.
Socii singuli partem suam vendere possunt, nisi aliter convenerit, vel judicium communi dividundo jam coeptum sit. §. 95.
Quid de alienatione necessaria, vel universali omnium bonorum? §. 96.
Socius plerumque non cogitur partem suam socio vendere: nisi res communis commode dividi nequeat, atque unus majorem partem habeat. Quid si convenerit, ne alienatio extra socios fiat? §. 97.
Locatio rerum communium, quae locari solent, facilius permittitur, licet non omnes consentiant. An praelatio sociis competat? §. 98.
Divisio ex caussa laesionis immodicae rescindi potest, seu ultra dimidiam in extraneis, prope quartam in fratribus. §. 99.
Adversus divisionem ex laesionis caussa restituitur etiam major, licet doctor sit, doctus, et diligens paterfamilias. Quid si laesum se dicat, qui partes constituit, data alteri optione? §. 100.
Quid si divisio ob laesionem rescindatur, postquam socii bona quaedam alienaverint? §. 101.
Divisio rescindi potest, licet transactio secuta sit de controversia, quae supervenerit in ejus consequentiam. Quid si transactum fuerit super ipsa divisione? §. 102.
Si laesio enormis tantum in divisione intervenerit, competit electio supplendi in pecunia, quod alteri deest. §. 103.
Quo hic differat venditio a divisione? §. 104.
Actio ad rescindendum divisionem durat triginta annis. §. 105.
Divisio tacite facta praesumitur ex separata per longum tempus habitatione sine rerum communione: et vicissim tacite renovari potest. §. 106., et 107.

§. 80.

Actio communi dividundo, plerumque competens illis, qui singulari titulo rem communem habent, est actio, qua petitur, ut res communes dividantur, et suam quisque partem consequatur, atque insuper praestentur, quae ex negotii indole debentur. De hac actione breviter inquirendum. 1. Quibus competat. 2. Quo tendat. 3. Quibus casibus concedatur, vel denegetur.

§. 81.

Cum quaeritur de personis, quibus judicio, seu actione communi dividundo experiri liceat, generalis regula, prout modo innuimus (§. praeced.), constitui potest, eam omnibus competere, qui pro indiviso communem habent rem, quae in partes dividi potest (1), haereditate excepta (2); cujus caussa inducta fuit actio familiae erciscundae, seu dividundae (3).

(1) *L.* 1., *et* 2. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Per hoc judicium* 4. *ff. hoc titul.*
(3) *L.* 1., *et pass. ff. de famil. ercisc.* (10. 2.)

§. 82.

Nihil autem interest, utrum res communes sint ex caussa societatis, an extra illam (1): an eodem, an diverso jure: quare haeres, et legatarius communi dividundo agere possunt (2): nec utrum omnes, an quidam, an nulli in possessione sint (3); an omnes,

an aliqui tantum rem communem dividi velint (4); cum nemo invitus in communione, quae mater, seu potius occasio ex hominum malitia discordiarum est, retineri debeat (5). Quid servandum, si bona minori cum aliis communia sint, suo loco explicavimus (6).

Inst. l. 3. tit. 28. §. l. 10. tit. 3. Cod. l. 3. tit. 37.

(1) *L. Nihil autem* 2. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Etsi non omnes* 8. §. 1. *ff. hoc tit.*

(3) *L. penult. ff. hoc tit.*

(4) *D. l.* 8. *in princip. ff. hoc tit.*

(5) *Argum. l. Si convenerit* 14. *ff. pro soc.* (17. 2.)

(6) *V. Tom. II. pag.* 120. §. 479., *et seqq.*, *Fab. cod. commun. utr. judic. lib.* 3. *tit.* 27. *def.* 11.

§. 83.

Non tantum illi, qui directum, sed etiam, qui dominium utile rerum communium habent, communi dividundo recte agunt, pûta emphyteuta (1). Creditores quoque jure pignoris in fundi possessionem missi (2): vel qui eandem rem pignori a debitore acceperint (3), eodem jure gaudent; ita tamen ut in postremo casu debitor possit, pecuniam debitam offerendo, pignus luere (4).

(1) *L. Communi dividundo* 7. *ff. hoc titul.*

(2) *D. l. Item si* 8. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 7. §. *Si duo* 6., *et* §. *Inter eos* 12. *ff. hoc tit.*

(4) *D. l.* 7. §. 12. *ff. hoc tit.*

§. 84.

Sed quid, si res, ad cujus divisionem alter provocat, individua dicatur? Si vere talis sit, vel commode dividi nequeat, publice sub hasta vendi debet, ut quisque partem pecuniae habeat, vel uni adjudicanda, pretii parte alteri data (1). Quod si plures res individuae sint, etiam subhastari debent, si omnes consentiant: alioquin divisionem ita fieri oportet, ut res una uni, altera alteri adjudicetur; nec enim in potestate unius est divisionis modus per subhastationem (2). In dubio, an res sit communis, vel unius propria, prius de dominii jure pronunciandum est (3). Quo autem modo dividenda sint emolumenta jurisdictionis inter plures pro indiviso communis, tradit Faber, videlicet, divisio pro parte jurisdictionis, quae unicuique competit, facienda (4) commodior plerumque est ea, quae fit per tempora (5). Sed de his fusius infra dicemus (6).

(1) *L. Ad officium* 3. *cod. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 26. *definit* 3., *et cod. commun. utr. judic. lib.* 3. *tit.* 27. *def.* 14. *in princ.*

(2) *Fab. d. def.* 14. *num.* 4., *et seqq.*

(3) *L.* 1. §. 1. *ff. famil. erciscund.* (10. 2.), *Fab. cod. hoc tit. def.* 2.

(4) *Fab. cod. hoc tit. def.* 5.

(5) *V. Reg. Const. lib.* 6. *tit.* 7. §. 5.

(6) *V. infra* §. 87., *et seqq.*

§. 85.

Servitutes praediales, cum per se res individuae sint, nec judicium communi dividundo recipiunt (1): quia tamen dividi potest usus, seu exercitium servitutis, idcirco si divisus fuerit communis fundus, cui servitus debetur, inter plures dominos, vel per tempora, vel per mensuram (2), si de aqua per alienum fundum ducenda tractetur, divisio fit; idest singulis dimidia pars, si duo sint, datur, vel diversis temporibus aquam ducunt (3).

(1) *L. Arbor* 19. §. *Si per eundem* 2. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 19. §. *ult. ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 19. §. *ult.*, *l. Lucio Titio* 4., *et seq. ff. de aqua quotidian.*, *et aestiv.* (43. 20.)

§. 86.

Inst. l. 3. tit. 28. ff. l. 10. tit. 3. Cod. l. 3. tit. 37.

Judicium communi dividundo adversus eum institui debet, qui rem communem pro parte habet: proinde si socius partem suam rei communis alienaverit, non adversus socium, sed adversus emptorem agendum est (1): quod si dolo malo, judicii mutandi caussa, alienatio secuta sit, socius in id, quod interest, conveniri potest actione in factum (2): immo utilis actio adversus alienantem permittitur pro praestationibus personalibus, puta damno culpa dato in re communi ante alienationem (3). Vix monendum, nec a depositario, aut colono, nec adversus eos agi posse ad divisionem rei communis; cum hi nec dominium, nec civilem rei possessionem habere intelligantur (4).

(1) *L.* 1. *cod. hoc tit.*
(2) *L. Communis* 24. §. 1. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Si quis putans* 6. §. 1. *ff. hoc tit.*
(4) *L. Communi dividundo* 7. §. *Neque colonis* 11. *ff. hoc tit.*

§. 87.

Petitur hac actione, prout ex dictis constat, divisio rerum inter plures communium (1): si res communes commode dividi possint, cuique sua pars adjudicanda est: cum vero commodam non recipiunt divisionem, judex imprimis id sequi debet, quod omnibus potissimum utile est, nisi socii sponte in quendam divisionis modum consentiant (2): quare, si unus ex sociis proprium habeat fundum communi praedio adjacentem, huic adjudicanda est pars fundi communis, quae contigua est fundo proprio, altera alteri (3): atque idem dicendum, si defunctus rem habuerit cum extraneo pro indiviso communem; atque eum, seu partem suam alicui legaverit: vel haeres partem suam ante coeptum familiae erciscundae judicium alienaverit (4): et haec non pluribus, sed uni adjudicari debet, ne per novas communiones inductas augeatur difficultas divisionis.

(1) *L.* 1., *et passim ff. hoc tit.*
(2) *L. Judicem* 21. *ff. hoc tit.*
(3) *Argum. l. Quicumque* 7. *in fin. cod. de omni agro deserto* (11. 58.)
(4) *L. Haeredes* 25. §. *Si testator* 6. *ff. famil. ercis.* (10. 2.)

§. 88.

Sed, ut haec facilius expediantur, distinguendum est, an plures res dividendae sint, an una, puta unus fundus. Cum plures res communes sunt, atque inter plures dividendae, singulae singulis adjudicari debent; ita tamen, ut pecuniam alteri socio solvat ille, qui rem majoris pretii obtinuit (1), nisi commode per regiones agri ampliores tribui nequeant (2); neque alter ex sociis pretio supplendo idoneus sit; alioquin publice vendi debet, ut redacta pecunia inter socios distribuatur, vel socio majus pretium offerenti adjudicanda (3).

(1) §. *Si familiae* 4., *et seqq. inst. de offic. judic.* (4. 17.)
(2) *L. Ad officium* 3. *versic. Cum autem cod. hoc tit.*
(3) *D. l.* 3. *in fin. cod. hoc tit.*

§. 89.

Ad haec actione communi dividundo petitur refectio damni, quod aliter socius dedit in re communi, dolo, culpa lata, aut levi (1); prout fert natura contractus, seu quasi contractus, in quo utriusque utilitas vertitur (2): nec non damni, quod res communis passa est, quia unus socius reliquis impedimento fuerit, quominus conservaretur (3).

(1) *L. Quibus casibus* 34. *ff. pro soc.* (17. 2.)
(2) *L. Si, ut certo* 5. §. *Nunc videndum* 2. *ff. commodat.* (13. 6.)
(3) *L. Si aedes* 12., *l. Si is* 20. *ff. hoc tit.*

§. 90.

Impensae etiam ab uno socio erogatae in utilitatem rei communis hoc judicio petuntur, si modo factae sint, postquam res coepit esse communis (1), atque necessa-

riae, vel utiles sint (2); non voluptuariae, quarum ablatio permittitur, si absque rei detrimento auferri possint. Sane impensae ante communionem factae, quatenus socio proficiunt, negotiorum gestorum actione repetuntur; prout traditur de eo, qui durante communione impendit, sed deinde rem pro sua parte alienavit (3).

Inst. l. 3. tit. 28. ff. l. 10. tit. 3. Cod. l. 3. tit. 37.

(1) *L. Per hoc judicium* 4. §. *penult., et ult. ff. hoc tit.*
(2) *L. Si quis putans* 6. §. *ult. ff. hoc tit.*
(3) *L. In hoc judicium* 14. §. 1. *in fin. ff. hoc tit.*

§. 91.

Si quis impenderit putans, rem sibi esse cum Titio communem, quae cum Maevio communis est, impensas actione communi dividundo a Maevio repetere potest; cum Maevio profuerit, atque voluerit sibi obligare eum, cum quo rem communem habebat (1); sed si rem propriam existimaret, cum animum alterius sibi obligandi non habuerit, sola retentio conceditur ad indemnitatem consequendam (2).

(1) *L. Si quis putans* 6. *in princip. ff. hoc tit.*
(2) *D. l. In hoc judicium* 14. §. 1., *l. Si quis* 29. *in fin. princip. ff. hoc tit.*

§. 92.

Socius in re communi ad illius conservationem impendere potest, sed nihil novi facere licet invito socio, ita ut in pari caussa potior sit prohibentis conditio (1): nisi publica utilitas, puta in aedificiis reficiendis, aliud suadeat (2): privata publicae utilitati semper cedit (3).

(1) *L. Sabinus* 28. *ff. hoc tit.*
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 26. *defin.* 1.
(3) *L. Ita vulneratus* 51. §. *ult. prop. fin. ff. ad leg. Aquil.* (9. 2.)

§. 93.

Extra publicae utilitatis caussam si socius, altero invito, quid fecerit in re communi, cogi potest, ut rem in pristinum statum restituat: sed si alterum facientem non prohibuerit, cum prohibere posset, de damno utique tenetur faciens, sed cogi nequit ad opus tollendum (1); severius agendum visum est adversus socium, qui contra leges communionis facit, quam adversus non prohibentem; quippequi aliqualem plerumque excusationis caussam habere potest, cur non contradixerit.

(1) *D. l. Sabinus* 28. *ff. hoc tit.*

§. 94.

Si socius partem rei communis, quae ad socios spectat, alienet, illis non nocet; licet bonorum omnium socii sint (1), atque major sociorum pars in alienationem rei communis consentiat; nec enim id, quod nostrum est, invitis nobis in alium transferri potest (2): nisi res promercales sint, eoque plane consilio comparatae, ut rursus distrahantur; quippe in his unusquisque censetur habere mandatum a caeteris (3).

(1) *L. Nemo* 68. *ff. pro socio* (17. 2.)
(2) *L. Id, quod nostrum* 11. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(3) *Voet in ff. hoc tit. num.* 7.

§. 95.

Non dubium tamen, quominus singuli socii partem suam vendere possint, nisi aliter convenerit (1), vel judicium communi dividundo jam coeptum sit: quo casu prohibitum, ne, sociis invitis, alienatio in extraneam personam fiat (2): quod ideo constitutum, ne durior fieri videatur caeterorum sociorum conditio, mutata socii persona (3): neque prohibitio haec posteriore Imperatorum sanctione videri potest abrogata; cum casum hunc nec expresse, nec tacite complectatur (4).

(1) *V. Fab. cod. commun. utr. judic. lib.* 3. *tit.* 27. *def.* 12.
(2) *L.* 1. *in fin. cod. hoc tit., Fab. cod. commun. utriusq. jud. lib.* 3. *tit.* 27. *def.* 13. *in princip.*

Inst. l. 3. tit. 28. ff. l. 10. tit. 3. Cod. l. 3. tit. 37.

(3) *L. ult. ff. de alienat. judic. mutand. causs. fac.* (4. 7.)
(4) *L. penult. cod. de contrahend. empt.* (4. 38.)

§. 96.

Necessariae alienationes prohibitione legis non continentur (1): immo nec interdicuntur voluntariae, si non res singulae, sed omnes simul, quae ad unum socium pertinent, distrahantur (2), quia forte cohaeres impar est ferendis sumptibus necessario erogandis, ut partem suam teneatur (3). Multo magis, subjicit Faber, si generatim bona sua omnia socius vendiderit, res communes in hanc alienationem recte venient (4): facilius permittitur rei singularis una cum rerum universitate alienatio (5).

(1) *L. Alienationes* 13. *ff. famil. erciscund.* (10. 2.)
(2) *Fab. cod. commun. utriusq. judic. lib.* 3. *tit.* 27. *d. def.* 13. *num.* 3., *et* 4. *in corp.*
(3) *L. Item* 4. §. 1. *de alienat. judic. mutand. fac.* (4. 7.)
(4) *Fab. d. def.* 13. *num.* 5. *in corp.*
(5) *L. Quaedam* 62. *ff. de acquir. rer. dom.* (41. 1.), *l. ult. in fin. cod. de litigios.* (8. 37.)

§. 97.

Socius quidem plerumque cogi non potest, ut partem suam socio vendat (§. praeced.): sed si res communis commodo dividi nequeat, aequitas suadet, ut socio majorem partem habenti detur, partis aestimatione per ipsum alteri praestita (1). Quod si socius partem suam legitime alienaverit, communi dividundo adversus emptorem agi oportet, licet inter socios convenisset, ut alienatio in ipsos fieret; nisi socio jus quoddam in re, puta per pignoris conventionem, quaesitum sit (2); alioquin pactum sociorum non afficit singularem successorem (3).

(1) *L. Non amplius* 26. §. *ult. ff. de legat.* 1. (30. 1.)
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 26. *def.* 4.
(3) *L. ult.* §. 1. *ff. de contrahend. empt.* (18. 1.)

§. 98.

Sed quid, si socii dissentiant in rerum communium locatione, ita ut quidam eas locare velint, alii detrectent? Si fundus per partes locari satis commode possit, singulorum voluntas implenda est: alioquin judex, quod omnibus utilius est, eliget, et locationem facilius permittet, si hujusce generis res locari soleant; quippe a judicis arbitrio pendet, ut statuat, quod convenientius videtur (1). Sane si alter ex sociis eodem pretio, ac extraneus, locare velit, extraneo praeferri, aequum est, si nihil obstet (2).

(1) *L. Judicem* 21. *ff. hoc tit.*
(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 8. *in medio.*

§. 99.

Divisio semel legitime peracta temere retractari non debet: si tamen intervenerit laesio immodica, utique rescindi potest (1), exemplo venditionis (2), caeterorumque contractuum bonae fidei. Porro, licet quidam generatim defendant, nonnisi ex laesione ultra dimidium rescindi posse divisionem, senatus tamen, ait Faber, mediam sententiam sequitur, ut laesio ultra dimidiam requiratur, cum de extraneis agitur: notabilis vero sufficiat, licet nec ad quartam usque ascendat, ut inde rescindatur divisio inter fratres (3); cum inter hos aequalitas exuberare debeat.

(1) *Fab. cod. commun. utriusq. judic. lib.* 3. *tit.* 27. *defin.* 3. *in princ.*
(2) *L. Rem majoris* 2., *l. Si voluntate* 8. *cod. de rescindend. vendition.* (4. 44.)
(3) *Fab. cod. d. defin.* 3. *num.* 18., *et seqq.*

§. 100.

Porro adversus divisionem ex caussa gravis laesionis restitui potest non tantum minor, sed etiam major, licet is doctor sit, doctus, et diligens paterfamilias; quia bonorum aestimatio res facti est, quae prudentissimos quosque fallit (1): nec refert, quod

frater natu major, qui se laesum dicit, partes constituerit, data fratri natu minori optione, prout quandoque fit (2); non enim probabile est, inaequales ex dolo partes a fratre natu majore factas fuisse, cum sciret, eligendi facultatem fratri suo competituram.

Inst. l. 3. tit. 28. ff. l. 10. tit. 3. Cod. l. 3. tit. 37.

(1) *Fab. cod. commun. utriusq. judic. lib.* 3. *tit.* 27. *defin.* 5. *in princ.*

(2) *Fab. d. defin.* 5. *num.* 6., *et seqq.*

§. 101.

Neque desinit divisio ex caussa laesionis rescindi posse, licet socius, qui de laesione quaeritur, bona quaedam sibi per divisionem data alienaverit: sed bona haec imputantur in ipsius portionem pro vero, et communi pretio, quod tunc erit, cum nova divisio fiet (1); quia rescissae prioris divisionis nulla est habenda ratio (2), atque vicissim alteri socio ex caeteris bonis communibus tantumdem praestandum est in qualitate, quantitate, et valore, priusquam nova divisio fiat (3), ut ita aequalitas inter socios servetur.

(1) *Fab. cod. commun. utriusq. judic. lib.* 3. *tit.* 27. *defin.* 10. *in princ.*

(2) *Argum. l. Si sterilis* 21. §. *Cum per venditorem* 3. *ff. de action. empti* (19. 1.)

(3) *Fab. cod. hoc tit. d. defin.* 10. *num.* 5., *et seqq.*

§. 102.

Sed quid, si post factam divisionem transactum fuerit? Distinguendum est, an transactio secuta sit de aliqua controversia, quae supervenerit in consequentiam, atque approbationem divisionis, an super lite mota, vel movenda ad rescindendam ex caussa laesionis divisionem. Primo casu divisio perinde rescindi potest, ac si nulla intercessisset transactio (1): adeoque inter fratres sufficit laesio prope quartam (§. 99.); nec enim novus contractus initus videtur, sed potius confirmata prior divisio (2): in altero casu, cum de ipsa divisione transactum sit, non amplius de divisionis, sed de justitia transactionis quaerendum est; quae non aliter ex communi sententia rescinditur, quam si alter ex transigentibus laesus sit ultra dimidiam (3); licet, stricto jure inspecto, vix permittatur transactionis rescissio (4).

(1) *Fab. cod. commun. utriusq. judic. lib.* 3. *tit.* 27. *defin.* 6. *in princip.*

(2) *Argum. l. Denique* 3. §. *Scio* 2. *ff. de minorib.* (4. 4.)

(3) *Argum. l. Rem majoris* 2., *l. Si voluntate* 8. *cod. de rescind. vendit.* (4. 44.), *Fab. cod. d. defin.* 6. *num.* 6., *et seqq.*

(4) *L. Lucius Titius* 78. §. *ult. ff. ad S. C. Trebellian.* (36. 1.)

§. 103.

Divisionem ex caussa laesionis irritam fieri dicimus, nec enim condivisori, qui ampliorem quantitatem consecutus est, datur electio supplendi in pecunia, quod alteri deest, si laesio enormissima intervenerit (1), prout nec competit in venditione (2): utique vero, si laesio tantum enormis sit (3), inspecta non solum aestimatione bonorum, sed etiam qualitate, et conditione, quae in divisione potissimum spectanda est. Quod vero pertinet ad fructus, idem jus statuendum suadere videtur aequalitas in hoc judicio servanda (§. 99.), ac in venditione (4): quamquam aliud sentit Faber, cum divisio ita facta est, ut socius natu major natu minori electionem, atque optionem dederit (5).

(1) *Fab. cod. commun. utriusq. judic. lib.* 3. *tit.* 27. *definit.* 8. *in princ.*

(2) *L. Si voluntate* 8. *cod. de rescind. vendition.* (4. 44.)

(3) *D. l.* 8., *l. Rem majoris* 2. *cod. eod. tit.*, *Fab. d. defin.* 8. *num.* 5., *et seqq.*

(4) *De qua vide Tom. X.* §. 1089., *et seqq.*

(5) *Fab. d. definit.* 8. *num.* 9., *et seqq.*

§. 104.

In eo differt venditio a divisione, quod ut illa rescindatur, probandus est ab allegante valor rei eo tempore, quo contractus celebratus fuit; at in rescindenda divisione

Inst. l. 3. tit. 28. ff. l. 10. tit. 2. Cod. l. 3. tit. 36.

sufficit probare inaequalitatem bonorum inspecto divisionis tempore, licet non probetur illius tempore aestimatio (1), quia in divisione bonorum conditio potius inspicitur, quam eorum aestimatio: nisi tamen adversarius probet, inaequalitatem ex bonorum conditione petitam corrigi per inaequalitatem valoris bonorum (2).

(1) *Fab. cod. commun. utriusq. judic. lib.* 3. *tit.* 27. *defin.* 9. *in princ.*

(2) *Fab. d. defin.* 9. *prop. fin.*

§. 105.

Si quaeratur, quo tempore concludatur actio ad rescindendam ex caussa laesionis divisionem, respondemus, ad triginta usque annos durare (1), exemplo caeterarum condictionum, seu actionum personalium (2): a quibus distingui non debet.

(1) *Fab. cod. commun. utriusq. judic. lib.* 3. *tit.* 27. *defin.* 7.

(2) *L. Sicut in rem* 3., *et l. seq. cod. de praescript. XXX., vel XL. annor.* (7. 39.)

§. 106.

Caeterum, sicut divisio non expresse tantum, sed etiam tacite fieri potest, atque facta praesumitur, si per longum tempus, puta per decennium continuum fratres separatim habitaverint, nec communiter usi sint bonis communibus (1): quod extendit Thesaurus, licet inaequales sint fratrum partes, saltem si aliqua alia, vel levis adsit conjectura, praesertim, si triginta anni a die separationis lapsi fuerint (2): ita vicissim divisioni tacite renunciatum videtur, si per idem temporis spatium post divisionem bona communia pro indiviso, et communiter possederint (3): eadem plerumque vis est taciti, ac expressi consensus (4).

(1) *Argum. l. Si filiusfamilias* 10. *cod. de petit. haeredit.* (3. 31.), *Fab. cod. commun. utr. judic. lib.* 3. *tit.* 27. *defin.* 1. *num.* 2. *in corp.*, *Thesaur. decis.* 205. *num.* 1. ✠

(2) *Thesaur. ibid. in addit. litt.* A

(3) *Fab. cod. de defin.* 1. *in princip.*

(4) *L. Cum quid mutuum* 3. *ff. de reb. cred.* (12. 1.)

§. 107.

Qua ratione evictio praestetur in divisione, sive rem alienam esse sciverit, sive ignoraverit socius, ad quem illa pervenit, alibi explicavimus (1): quare in his ulterius non immoramur. Caetera, quae lucem afferre possunt huic argumento ex capite sequenti, in quo de judicio familiae erciscundae dicturi sumus, peti debent.

(1) *V. Tom. X* §. 992. *ad* 994. *pag.* 236.

CAPUT III.

Familiae erciscundae.

Instit. lib. 3. tit. 28. *De obligat., quae quas. ex contract. etc.*

Digest. lib. 10. tit. 2. } *Famil. ercisc.*
Cod. lib. 3. tit. 36. }

SUMMARIA.

Quid sit familiam erciscere? §. 108.

Quae sint de familiae erciscundae judicio sigillatim expendenda? §. 109.

§. 108.

Familiam erciscere nihil aliud est, quam dividere haereditatem; quippe hic familiae nomine haereditas intelligitur: erciscere vero apud veteres auctores idem est ac dividere: non tamen omnis haereditas in hoc judicium directo venit, sed tantum paterna, vel materna (1); ad caeteras dividendas utile tantummodo erciscundae familiae judicium ex aequitate datur (2).

(1) *L. Bona* 8. *eod. hoc tit.*
(2) *L. Per familiae* 2. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 109.

Inst. l. 3. tit. 28. ff. l. 10. tit. 2 Cod. l. 3. tit. 36.

De hoc familiae erciscundae judicio, prout de superiori communi dividundo, explicabimus: 1. Quibus competat: 2. Quibus modis familia inter plures cohaeredes dividatur: 3. Quae veniant in hoc judicium: 4., et postremo. Quibus casibus denegetur.

Sectio I.

Quibus competat familiae erciscundae judicium.

SUMMARIA.

Actio familiae erciscundae solis competit haeredibus. §. 110.

Quid si haeres, conventus ad rerum haereditariarum divisionem, actorem cohaeredem esse neget? §. 111.

Qui ad haereditatis divisionem provocat, haeredem fateri videtur illum, adversus quem agit. §. 112.

Actoris simul, et rei partes quisque sustinet in judiciis duplicibus. §. 113.

Petitio haereditatis concurrere potest cum judicio familiae erciscundae. An et actio negotiorum gestorum? §. 114.

Familiae erciscundae actio competit haeredibus, quocumque nomine succedant. §. 115.

Quid si decesserit unus ex cohaeredibus, pluribus relictis successoribus? §. 116.

Cohaeredes aliqui familiae erciscundae judicio inter se agere possunt, licet alter absit, cui curator dari debet. §. 117., et 118.

Quid si res haereditariae communes in diversis provinciis sitae sint? §. 119., et 120.

Judicium familiae erciscundae consistit inter haeredes pure institutos, licet alii sub conditione instituti fuerint. §. 121.

Haeres sub conditione institutus, conditione pendente, ad divisionem haereditatis agere non potest. §. 122.

Familiae erciscundae agi nequit, nisi constet decessisse eum, de cujus familia dividenda tractatur. Quid si de ejus vita dubitetur? §. 123., et 124.

Haereditas viventis dividi potest, si hic sponte consentiat. §. 125.

Plures haereditates uno judicio dividi possunt. §. 126.

§. 110.

Actio familiae erciscundae, uti jam innuimus (§. 108.), datur haeredibus, non caeteris, et quidem directa competit solis haeredibus paternae, vel maternae successionis, utilis vero caeteris haeredibus, cujuscumque generis sint; cum enim petatur recessus a communione rerum haereditariarum (1), palam est, non alios, quam haeredes ea uti posse.

(1) *L.* 1. *in princ. ff. hoc tit.*

§. 111.

Sed quid, si haeres, ab alio conventus ad rerum haereditariarum divisionem, actorem cohaeredem esse neget? Distinguit Gajus, utrum actor sit in possessione rerum haereditariarum, nec ne. In primo casu judex divisionem decernere debet; quia praesumptio pro possessore est: in altero prius definienda quaestio praejudicialis, utrum actor cohaeres sit, nec ne (1): si tamen judex cognoscat, protelandi judicii caussa, reum denegare alteri haereditariam qualitatem, negatione posthabita, ad divisionem progredi debet (2).

Inst. l. 3. tit. 28. ff. l. 10. tit. 2. Cod. l. 3. tit. 36.

(1) *L.* 1. §. 1. *ff. hoc tit.*
(2) *Brunneman. in ff. ad d. l.* 1. §. 1. *num.* 5.

§. 112.

Disputant interpretes, an actor fateri videatur, eum esse cohaeredem, quem ad haereditatis divisionem provocat. Sunt, qui negant, discrimen statuentes inter *confiteri, et supponere;* ita ut actor hunc utique supponat cohaeredem esse, sed non fateatur (1). Sententia haec, si vulgarem codicum lectionem retineamus, a Scaevola traditur (2). Alii congruentius affirmare videntur (3), confessionem hinc elici, quae tamdiu actorem oneret, donec contrarium probaverit (4); cum enim ad divisionem haereditatis urgeri nequeat, nisi qui haeres est, provocans ex proprio facto satis demonstrat, reum pro haerede habere.

(1) *Fab. in rationalib. ad l.* 37. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l. Qui familiae* 37. *ff. hoc tit.*
(3) *Voet in ff. hoc tit. num.* 10.
(4) *Argum. l. Inde Neratius* 23. §. *ult. ff. ad leg. aquil.* (9. 2.)

§. 113.

Hac autem probata sententia, delenda est particula negativa in responso Scaevolae (1); quae nec in libris Basilicorum invenitur: vel intelligi potest jureconsultus de reo ad divisionem provocato, qui et simul agit; cum in judiciis duplicibus, ut ajunt, veluti familiae erciscundae (2), communi dividundo, et finium regundorum (3), quisque simul reus, et actor sit.

(1) *D. l.* 37. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Per familiae* 2. §. *In familiae* 3. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Judicium* 10. *ff. finium regundor.* (10. 1.)

§. 114.

Ex his patet, petitionem haereditatis concurrere posse cum judicio familiae erciscundae; ita tamen, ut prius cognoscendum sit de haereditatis petitione, seu de jure petendae haereditatis, quam de ea dividenda (1), nisi praesumptio aliud suadeat (§. 112.). An vero, et quatenus negotiorum gestorum actio locum habeat, si cohaeres negotia haereditaria administraverit, non consentiunt interpretes: sed probabilius defenditur, solam negotiorum gestorum actionem competere, si negotia ab uno gesta dividua sint, et invicem disjuncta (2): si vero individua sint, utraque actio pro cohaeredis arbitrio locum habere posse videtur (3). Quamquam, exitu inspecto, parum refert, qua quis actione utatur.

(1) *Brunneman. in ff. ad l.* 1. *ff. hoc tit. num.* 6.
(2) *L. Si quis absentis* 2., *et pass. ff. de negot. gest.* (3. 5.)
(3) *L. Sive pro fratre* 3. *cod. eod. tit.* (2. 19.), *l. Filiae* 18. §. 1. *codic. hoc tit.*

§. 115.

Sed redeamus, unde paullisper, oblata occasione, discessimus. Diximus, haeredibus solis familiae erciscundae judicium competere (§. 111., et 112.). Nihil autem interest, utrum testamento, an ab intestato, an civili, an praetorio jure delata haereditas fuerit (1). Utili quoque judicio familiae erciscundae agi potest inter haeredem fideicommissarium, et fiduciarium, qui partem dumtaxat haereditatis restituere debeat (2): atque idem dicendum de eo, qui partem haereditatis emit, cum hic haeredis loco habeatur (3): atque utilis haereditatis petitio ei, et in eum detur (4).

(1) *L. Per familiae* 2., *l. Sed et ejus* 24. §. 1. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Si ex asse* 40. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Venditor* 2. §. *Cum quis debitori* 18. *ff. de haeredit., vel action. vendit.* (18. 4.)
(4) *L. Nec ullam* 13. §. *Quid si* 4., 8., 9., *l. Ei, qui* 54. *ff. de petit. haeredit.* (5. 3.)

§. 116.

Inst. l. 3. tit. 28. ff. l. 10. tit. 2. Cod. l. 3. tit. 36.

Nec interest, utrum haereditatem possideant, qui de eadem dividenda tractant, nec ne (§. 111.); non enim de facto, sed de jure quaeritur (1). Quod si unus ex cohaeredibus decesserit, atque plures haeredes reliquerit, hi omnes familiae erciscundae judicio agere possunt; sed, cum unam defuncti personam repraesentent, vel omnes simul agere debent, vel unum procuratorem constituere, qui pro omnibus agat, ne judicium scindatur (2). Sane permittendum non est, ut unus detur procurator cohaeredum omnium, qui divisorio judicio invicem agunt, cum enim divisio fieri non possit citra adjudicationes, et condemnationes, idem rei, et actoris vicibus fungi non potest (3).

(1) *L.* 1. §. 1. *l. Haeredes* 25. §. *Quantum* 2. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si familiae* 48. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Licet* 42. §. *Si plures* 6. *ff. de procuratorib.* (3. 3.)

§. 117.

Non tantum omnes, sed etiam aliqui ex cohaeredibus inter se judicio dividundae haereditatis agere possunt, si alter absit (1); nec enim invitus quis retineri debet in communione, discordiarum matre: ita tamen, ut si jus Romanum inspiciamus, absens, cum reversus fuerit, petere possit, ut nova bonorum divisio fiat, quasi unusquisque ex illis, inter quos divisio facta est, pro indiviso absentis portiones retinuerit (2).

(1) *L. Per familiae* 2. §. *Dubitandum* 4. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Cohaeredibus* 17. *cod. hoc tit.*

§. 118.

Verum, quia grave nimis est, ut praesentes cohaeredes ex facto absentis, doloso forte, plenum rerum suarum dominium consequi nequeant, nec facile inveniant, qui res suas emere velint, idcirco curator absenti cohaeredi publica judicis auctoritate dandus est, quo interveniente pars sua absenti adjudicetur; nec divisio semel facta amplius possit retractari (1).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 12. *V. Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 25. *def.* 5.

§. 119.

Nec etiam differenda est rerum haereditariarum communium, quae in una provincia sunt, divisio eo praetextu, quod aliae sint in alia provincia, ubi alter cohaeres, qui divisionem urget, moratur (1); etenim liquidae, ut ajunt, petitioni per illiquidam praejudicium fieri non debet: atque nihil prohibet, quominus, prioribus divisis, posteriores deinde dividantur (2). Eceptio admittenda esset, si per actorem staret, quominus et posteriorum divisio fieret (3): negotium ex parte sua implere debet, qui alium ad implementum urget (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 25. *def.* 3. *in princ.*

(2) *L. Si filia* 20. §. *Familiae* 4. *ff. hoc tit.*

(3) *Fab. d. def.* 3. *in fin.*

(4) *L. Julianus* 13. §. *Offerri* 8. *ff. de actionib. empt.* (19. 1.)

§. 120.

Quod si fratres bona habentes in diversis provinciis quaedam diviserint, aliis in communione retentis, alter vero non patiatur, caeteros frui suis portionibus in ea provincia, ad quam nullus, aut difficillimus aditus pateat, potest judex, ait Faber, alterius provinciae, in qua sunt bona communia, decernere, ut in eorum possessionem alii mittantur, custodiae caussa, fructus interim percepturi ea utique lege, ut rationes reddere teneantur, quoties vicissim frater paratus erit haereditarias aliorum portiones cum fructibus reddere (1): ita enim postulat aequitas judicii familiae erciscundae, ut ad omnium bonorum divisionem faciendam fratres omnes facilius adducantur (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. famil. ercisc. lib.* 3. *tit.* 25. *def.* 7. *in princ.*

(2) *L. Haeredes* 25. §. *Judex* 20. *ff. hoc tit.*

Inst. l. 3. tit. 28. ff l. 10. tit. 2. Cod. l. 3. tit. 36.

§. 121.

Sed quid, si ex cohaeredibus quidam pure, alii sub conditione instituti sint? Inter eos, quos pure ad successionem vocavit testator, consistere videtur judicium familiae erciscundae (1), non secus ac inter eos, qui praesentes sunt, licet aliquis cohaeres absit (§. 117.); tum ne, dilato in longius tempus conditionis eventu, cohaeredes inviti in communione retineantur; tum quia haeres pure scriptus, qui cohaeredem sub conditione institutum habeat, interim potest haereditarias actiones in solidum exercere; ea utique lege, ut partem det cohaeredi, cum extiterit conditio (2).

(1) *Argum. l. Per familiae* 2. §. *Dubitandum* 4. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si haeres* 7. *ff. hoc tit.*

§. 122.

Non tamen haeres sub conditione institutus, ea pendente, ad divisionem haereditatis agere potest; cum interim haeres non censeatur, nec haereditatem adire possit (1): quae ratio probat, nec haeredes pure institutos hac actione uti posse adversus haeredes sub conditione scriptos; quia, ut saepe diximus, inter solos haeredes locum habet familiae erciscundae judicium (2): si tamen omnes sponte consentiant, nihil prohibet, quominus divisio fiat in omnem conditionis eventum. Quae in pupillis, minoribus, et similibus serventur, supra innuimus (§. 81.)

(1) *L. Is, qui haeres* 13. *ff. de acquir. haereditat.* (29. 2.)

(2) *L. Per familiae* 2. *ff. hoc tit.*

§. 123.

Cum judicio familiae erciscundae nonnisi inter haeredes agi possit (§. praeced.), nemo autem sit haeres, nec ulla haereditas esse intelligatur, quamdiu vivit is, de cujus bonis agitur (1), consequens est, imprimis desiderari, ut constet, defunctum esse eum, de cujus familia erciscunda contenditur (2). Sed difficultas est de eo casu, quo ignoretur, utrum vivat, nec ne; puta quia jamdiu absens sit.

(1) *L.* 1. *ff. de haereditat., vel action. vendit.* (18. 4.)

(2) *L. Per familiae* 2. *ff. hoc tit.*

§. 124.

Hic autem, quidquid aliquibus placeat, decem, quindecim, triginta, vel etiam centum annorum spatium expectandum esse, probabilius defenditur, rem hanc a prudentis judicis arbitrio pendere, inspectis singulis personarum, et rerum adjunctis, videlicet aetate, valetudine absentis, probationibus, atque indiciis, quae de vita, vel de morte absentis haberi possunt, prout alibi diximus (1); ita ut vel interim curatorem bonis det, vel haereditatis divisionem permittat, praestita ab haeredibus satisdatione restituendi, si absens, qui mortuus putabatur, vivus redeat (2).

(1) *V. Tom. II. pag.* 54. §. 194., *et seqq., ubi de curatore bonorum absentis dando fuse egimus.*

(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 18.

§. 125.

Quod diximus, viventis haereditatem dividi non posse (§. 123.), exceptionem habere videtur, si consentiat ille, cujus haereditas dividitur; sicut enim de haereditate viventis, ipso consentiente, pacisci licet, ut pactum suas vires exerat, si ille in eadem voluntate ad mortem usque perseveraverit (1); ita et sustinenda iisdem conditionibus haereditatis divisio (2). Plane divisionem a patre factam in contractu matrimonii revocari non posse, alibi demonstravimus (3).

(1) *L. ult. cod. de pact.* (2. 3.)

(2) *Voet in Pandect. hoc tit. num.* 5.

(3) *V. Tom. IV. pag.* 360. §. 1378., *et seqq.*

§. 126.

Inst. l. 3. tit. 28. ff. l. 10. tit. 2. Cod. l. 3. tit. 36.

Nihil autem refert, an una tantum, an duae, vel plures sint haereditates communes inter plures personas; quippe possunt, si cohaeredes malint, omnes uno judicio dividere, puta paternam, et maternam (1), vel separatim (2): cum immo senserit Pomponius, posse unum judicium familiae erciscundae accipi inter tres, si inter Maevium, et Cajum Titiana haereditas communis sit; inter Maevium vero, Cajum, et Sempronium Sejana (3).

(1) *L. Haeredes* 25. §. *De pluribus* 3. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 25. §. *Item, si* 5 *ff. hoc titul.*
(3) *D. l.* 25. §. *Si inter me* 4.

Sectio II.

Quibus modis familia inter cohaeredes dividatur.

SUMMARIA.

Divisio haereditatis a patre facta rescindi non potest praetextu laesionis, nisi liberis salva non sit legitima. §. 127.

Evictio a cohaerede cohaeredi praestatur, si testator dividens haereditatem sciverit rem alienam esse. §. 128.

Si pater bona quaedam diviserit, caetera minime divisa pro virili portione inter liberos distribuuntur. §. 129.

An eadem regula servanda sit in extraneis haeredibus institutis? §. 130.

Divisio inter fratres ita fieri potest, ut major, vel minor natu partes constituat, et alter eligat. §. 131.

Divisio inter fratres sorte fieri potest, quin necessaria sit peritorum aestimatio, aut mensuratio, vel arbitri officium. §. 132.

Frater, qui partes constituerit, probata laesione, adversus eam restitui potest. §. 133.

Inventarium rerum haereditariarum an fieri debeat, cum agitur familiae erciscundae judicio? Quid de redditione rationum? §. 134.

Fratres haereditatem paternam dividere possunt, licet pater prohibuerit: sed divisio sine dolo facienda est. §. 135.

Judex cohaeredum omnium indemnitati, atque utilitati, quantum licet, prospicere debet. §. 136.

§. 127.

Tres sunt generatim modi, quibus haereditas dividi potest; nimirum voluntate testatoris, voluntate cohaeredum, vel judicis auctoritate. Divisio, quae patris, seu testatoris voluntate fiat, omnium firmissima est (1), quippe facta voluntate illius, qui rebus suis legem, quam mavult, dicere potest (2). Atque hinc, dummodo salva sit liberis legitima, divisio haec retractari nequit (3), praetextu cujuscumque laesionis; etenim pater, dividendo haereditatem in partes inaequales, liberos inaequaliter instituere velle demonstrat: quod facere licet.

(1) *L. Quoties* 10. *cod. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 25. *def.* 4.
(2) *L. Ob res quoque* 20. §. 1. *ff. de pact. dotalib.* (23. 4.)
(3) *D. l.* 10. *cod. hoc tit.*, *ubi Imperator Falcidiae nomine utitur ad legitimam designandam, prout etiam in aliis juris textibus aliquando fit.*

§. 128.

Sed dubitari potest, utrum cohaeres cohaeredi de evictione teneatur, si res, quae huic per divisionem a testatore factam obtigit, auferatur. Sunt, qui putant, nullum

Inst. l. 3. tit. 28. ff. l. 10. tit. 2. Cod. l. 3. tit. 36.

in hac specie evictionis onus incumbere. Alii, quorum sententia legibus, nec non aequitati magis consentanea videtur, distinguunt, utrum testator sciret rem alienam esse, an ignoraret; ita ut in prima specie evictio praestanda sit; non in altera, nisi testator diviserit bona sua inter propinquos, prout traditur de legatis (1). Sane apud omnes constat, irritam non fieri divisionem ex eo, quod bona quaedam evicta fuerint, sed tantum de evictione agi posse (2).

(1) *L. Cum alienam* 10. *cod. de legat.* (6. 37.), *l. Cum pater* 77. §. *Evictis* 8. *ff. de legat.* 2. (31. 1.)

(2) *L.* 1. §. 1. *ff. de rer. permut.* (19. 4.)

§. 129.

Haec ita, si testator omnia bona sua diviserit: quod si pater, quibusdam divisis, aliis modum non dixerit, haec pro virili portione inter cohaeredes distribuenda sunt, licet inaequales partes in divisione constituerit testator (1): nisi pater bona, quae non divisit, in unum ex liberis contulerit, vel accessiones sint rerum divisarum (2). Ratio hujusce definitionis inde petitur, quod liberi in partibus non divisis videantur potius ab intestato succedere; adeoque partes aequales habere debent (3): atque pater bona divisa praelegati potius, quam institutionis titulo reliquisse videtur (4).

(1) *L. Si cogitatione* 21. *in fin. cod. hoc tit.*, *l. Quae pater* 32. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 32. *in fin. ff. hoc tit.*

(3) *L. Inter filios* 11. *cod. hoc tit.*, *d. l.* 32. *ff. hoc tit.*

(4) *L. Ex facto* 35. §. 1. *ff. de haer. instit.* (28. 5.)

§. 130.

Difficilior est quaestio, utrum eadem regula servanda sit in extraneis haeredibus institutis. Affirmant aliqui (1). Negant alii, existimantes bonorum minime divisorum a testatore partes easdem fieri debere, quas testator in divisione unicuique assignavit, quasi tacite intelligi debeant repetitae (2): prior sententia magis consentanea videtur voluntati testatoris, qui partem bonorum dividens praelegisse censetur, quod divisit (§. praeced.)

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 1. *in fin.*

(2) *L. Interdum* 13. §. *Sed si alter* 3. *ff. de haered. instit.* (28. 5.)

§. 131.

Quod spectat ad divisionem mutuo cohaeredum consensu factam, sine arbitri, vel judicis officio, nullis singularibus legibus adstricta est; sed eo modo fieri potest, quem cohaeredes malint. Quare vel ita fieri potest, ut frater major natu portiones constituat, et minor eligat; qui mos, ait Faber, apud nos frequentissimus est (1), atque placet Theologis, et Canonistis propter exemplum divisionis, quam ab Abrahamo cum Lot fratris filio sic factum esse sacrae Scripturae testatur (2). Plerumque portiones haereditariae fiunt a majore natu; sed et a minore natu fieri possunt, si hic majorem rerum haereditariarum notitiam habeat: illud perpetuo observandum est, ut eligat ille, qui partes non constituit, alioquin fraus fieri posset (3).

(1) *Fab. cod. commun. utriusq. judic. lib.* 3. *tit.* 27. *defin.* 4. *num.* 2., *et sequent.*

(2) *Genesis cap.* 13.

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 25. *def.* 2.

§. 132.

Si ergo malint, ita divisionem inire possunt fratres; nec enim coguntur (1): alioquin divisio etiam fieri potest per sortes, seu constitui partes a peritis, vel etiam ab ipsis cohaeredibus; etenim nec peritorum aestimatio, nec mensuratio, aut arbitrorum judicium necessarium est (2): vel etiam divisionis ratio iniri potest per haereditariarum rerum aestimationem, et mutuam licitationem, ita ut res ei adjudicentur, qui licitando vicerit; vel uni res omnes mutuo consensu facta aestimatione dari, ita ut vicissim ipse certam pecuniae quantitatem caeteris cohaeredibus solvat.

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 2.

(2) *Fab. cod. commun. utr. judic. lib.* 3. *tit.* 27. *d. def.* 4. *in princip.*

§. 133.

Si divisio priore modo facta sit, cum nempe major natu partes constituit, tum minor natu eligit (§. 131.), vix conqueri potest de laesione, qui partes fecit; cum sibi ipsi potius imputare debeat, cur inaequales partes fecerit (1). Quia tamen factum prudentissimos quosque fallit, et ideo error facti excusationem facile praestat (2), nec sinit aequitas, alterum cum alterius dispendio locupletiorem fieri (3), idcirco, laesione probata, frater laesus restitui debet (4).

Inst. l. 3. tit. 28. ff. l. 10. tit. 2. Cod. l. 3. tit. 36.

(1) *Fab. cod. commun. utr. judic. lib.* 3. *tit.* 27. *d. defin.* 4. *num.* 4., *et seq.*

(2) *L. In omni parte* 2. *ff. de jur., et fact. ignorant.* (22. 6.)

(3) *L. Nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indebit.* (12. 6.)

(4) *Fab. cod. eod. lib.* 3. *tit.* 27. *defin.* 5. *num.* 6., *et seq.*

§. 134.

Quemadmodum divisio sine aestimatione, mensuratione, et judicio peritorum rata habetur (§. 132.), ita etiam subsistit, licet repertorium, sive inventarium rerum haereditariarum confectum non fuerit, nisi forte quidam ex cohaeredibus minores aetate sint, atque hi deinceps laesi appareant (1): vel, mortuo patre, unus ex fratribus bona haereditaria possederit, atque administraverit: quo casu cogi potest a reliquis, ut inventarium rerum haereditariarum conficiat, vel confici curet; quod si omnes administrassent junctis operis, omnes inventarium conficere tenerentur (2). Plane nemo dubitat, quominus frater, qui bona administravit, rationes reddere teneatur (3): sed mora divisioni post acceptum judicium fieri non debet, quia alter rationes administrationis reddere debeat (4).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 3.

(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 4.

(3) *L. Quaedam sunt* 9. *ff. de edend.* (2. 13.)

(4) *Fab. cod. de sentent., et interloc. omn. judic. lib.* 7. *tit.* 15. *def.* 21.

§. 135.

Porro haereditatem utique dividere possunt fratres, licet pater prohibuerit, cum nemo in communione invitus retineri debeat (1); quia mater discordiarum est. Sed cavendum, ne dolo fiat divisio, puta in fraudem tributorum; prout contingeret, si fratri ab oneribus ex aliqua caussa, seu ob privilegium immuni bona omnia immobilia adjudicarentur, incerti vero reditus caeteris fratribus (2): ratum in jure non habetur, quod dolo factum esse constat (3), maxime in publicae rei dispendium.

(1) §. *Manet* 4. *instit. de societat.* (3. 26.), *l. Actione* 65. §. *Diximus* 3. *ff. eod. tit.* (17. 2.)

(2) *Argum. l. Omnium* 6. *cod. de vectigalib., et commissis* (4. 61.)

(3) *L.* 1. §. 1., *et passim ff. de dol. mal.* (4. 3.)

§. 136.

Postremo, si nec testator bona diviserit, nec cohaeredes in divisionis modo consentiant, ad judicis auctoritatem confugiendum est: judex autem, ut supra diximus (§. 87.), res haereditarias in partes aequales, si fieri potest, dividere debet: quod si bona commodam divisionem non recipiant, vel damnum ex divisione secuturum sit, judicis est, singulis pensatis, ita rem temperare, ut cohaeredum omnium indemnitati, nec non utilitati, quoad fieri potest, prospectum sit (d. §. 87., et 88.)

Inst. l. 3. tit. 28. ff. l. 10. tit. 2 Cod. l. 3. tit 36.

Sectio III.

Quae veniant in familiae erciscundae judicium: et quo loco constituendum sit.

SUMMARIA.

Res omnes, quae in defuncti bonis sunt, inter cohaeredes dividuntur: exceptis illis, quae non deferuntur jure haereditario, vel quae ipso jure dividuntur inter cohaeredes. §. 137.

Impensae propter divisionem faciendae in bonorum aestimationem, et venditionem, inventarii confectionem, et similia aeris alieni loco fere sunt. §. 138.

Fideicommisso conditionali, cujus conditio nondum extitit, non praesumitur renunciatum per divisionem inter fratres, licet recesserint a divisione per testatorem facta. §. 139., et 140.

Aes alienum pro haereditaria parte, nulla praelegatorum habita ratione, a singulis cohaeredibus ferri debet: nisi aliud testator senserit. §. 141.

Donata liberis post mortem patris, licet ejus contemplatione, haereditaria non sunt. Quid do locis religiosis? §. 142.

Nec praelegata, nec dotes veniunt in judicium familiae erciscundae. §. 143.

Quid de rebus improbatis, vel male quaesitis? §. 144.

Actiones, et nomina debitorum ipso jure dividuntur inter cohaeredes: aliquando tamen judex debita, et credita singulis pro solido alia aliis attribuit. §. 145., et 146.

Quid si aes alienum testatoris dispositione, vel cohaeredum voluntate divisum fuerit? §. 147.

Praestationes quoque personales in judicium familiae erciscundae veniunt. §. 148.

Judicium familiae erciscundae, si unus ex duobus cohaeredibus ad divisionem provocet, institui debet in loco, quo provocatus domicilium habet. Quid si plures sint cohaeredes, vel nemo ad divisionem provocet? §. 149., et 150.

Quid si aequalis fere bonorum pars in diversis locis sita sit? §. 151.

§. 137.

Regula generalis hic statui potest, res omnes, quae in defuncti bonis reperiuntur, judicio familiae erciscundae inter cohaeredes dividi (1), illis exceptis, quae jure haereditario non deferuntur, vel quae ipso jure inter haeredes dividuntur. Plana est regula: judicio familiae erciscundae petitur divisio rerum haereditariarum (§. 108.): proinde res omnes, quae vere haereditariae sunt, ad illud pertinent: quae autem alio, quam haereditario jure deferuntur, communes non sunt inter cohaeredes; adeoque inter eos dividi non debent: atque inutilis est divisio rerum, quas lex ipsa partitur: hinc patet exceptionis ratio.

(1) *L. Bona quaecumque* 8. *cod. hoc tit.*

§. 138.

Sed haec fusius explicanda sunt. Sane nemo dubitat, quominus aes alienum, seu quod alteri debetur, imprimis deducendum sit: bona enim non intelliguntur, nisi deducto aere alieno (1): aeris autem alieni loco fere habentur impensae propter divisionem faciendae in bonorum aestimationem, et venditionem, inventarii confectionem, et similia; quin intersit, an omnium voluntate divisio sequatur, an uno provocante (2): excipiuntur impensae pro impetrando judicis decreto a minoribus erogandae; cum hac solius minoris caussa fiunt, ab eo solo ferri debent (3).

(1) *L. Subsignatum* 39. §. 1. *ff. de V. S.* (50. 16.)

(2) *L. Quantitas patrimonii* 72. *ff. ad leg. Falcid.* (35. 2.)

(3) *Voet in ff. hoc tit. num.* 17. *in fin.*

§. 139.

Inst. l. 3. tit. 28. ff. l. 10. tit. 2. Cod. l. 3. tit. 36.

Praeterea deducenda sunt bona, quae fideicommissi, majoratus, aut primogenii jure uni cohaeredum singulariter acquiruntur (1); quia haereditaria non sunt. Quo fundamento nec per divisionem inter fratres censetur renunciatum fideicommisso conditionali, cujus conditio nondum extiterit, licet constet, fratres fideicommissi scientiam habuisse, et vulgares clausulas adjectas fuisse; nisi expressis verbis renunciatio facta sit (2).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 6.

(2) *Fab. cod. hoc tit. famil. ercisc. lib.* 3. *tit.* 25. *def.* 1.

§. 140.

Adeo autem verum est, subjicit Faber, per divisionem haereditatis inter cohaeredes factam non censeri renunciatum mutuo, et reciproco fideicommisso, ut nec abjecisse videantur cohaeredes jus fideicommissi, sed tantum portiones haereditarias permutasse, licet recesserint mutua voluntate a divisione per testatorem facta (1); quia semper verum est, bona divisa a cohaeredibus teneri jure haereditario, non fideicommissi. Sane, si fideicommissi conditio jam extiterit, scientibus cohaeredibus, atque praegnantes omnino clausulae adhibitae fuerint, tametsi expressa fideicommissi mentio facta non fuerit, huic tamen renunciatum videri posse, alibi demonstravimus (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 25. *definit.* 12. *in princip.*

(2) *V. Tom. VIII.* §. 1674., *et seqq. pag.* 410.

§. 141.

Ex his constat, aes alienum pro haereditaria parte a singulis haeredibus ferri debere, nulla habita praelegatorum ratione (1); cum praelegata plerumque habeant legatorum indolem, quae ex aere alieno non minuuntur: contingere tamen potest casus, quo ex praesumpta testatoris voluntate praelegata ex aere alieno minuantur, seu quo aes alienum solvendum sit habita praelegatorum ratione; veluti si testator praeceperit, ne haeredes prius aliquid ex praelegatis capiant, quam creditoribus omnibus satisfactum sit (2). Sed hic ulterius immorandum non arbitramur, cum speciem hanc fusius alibi expenderimus (3).

(1) *L. Ex facto* 35. §. 1. *ff. de haeredib. instituend.* (28. 5.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 25. *defin.* 6.

(3) *V. Tom. VII.* §. 903. *ad* 905. *pag.* 225.

§. 142.

Nec in judicium familiae erciscundae veniunt, sicut nec conferri debent, quae liberis donata sunt post mortem patris, ejus licet contemplatione (1): non enim haereditarium videri potest, prout desideratur (§. 137.), quod mortuo patre liberis acquiratur. Loca religiosa, veluti jura sepulcrorum dividi nequeunt, sed singulis haeredibus pro indiviso competunt (2): immo et ad filium legatarium sepulcri jus pertinere censuit Sabaudus Senatus (3); major habenda est ratio conjunctionis, quam institutionis (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 25. *def.* 11.

(2) *L. Fundus* 30., *in fin. ff. hoc tit.*

(3) *Fab. cod. hoc tit. def.* 10. *in fin.*

(4) *L. Si qua fideicommissorum* 7. *cod. hoc tit.*

§. 143.

Quaemadmodum fideicommissa judicio familiae erciscundae non subjiciuntur (1), ut innuimus (§. 138.), ita nec praelegata (2); quia haec testatoris voluntate uni ex cohaeredibus sigillatim data sunt: nec filiusfamilias haeres a patre institutus dotis uxoris suae partem cohaeredibus dare tenetur, sed integram consequitur, cum ipse solus onera matrimonii sustineat (3).

(1) *L. Si qua fideicommissorum* 7. *cod. hoc tit.*

Inst. l. 3. tit. 28. ff. l. 10. tit. 2. Cod. l. 3. tit. 36.

(2) *L. Si ita legatum* 42. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Uxor tua* 2. *cod. hoc tit.*

§. 144.

Plane venena mala, libri improbatae lectionis, et similia familiae erciscundae judicio dividi inter cohaeredes non debent, sed statim haec omnia corrumpenda sunt (1): idem dicendum de rebus ex peculatu, sacrilegio, aliove crimine acquisitis (2). Sed caeterae res in hoc judicium veniunt, sive mobiles sint, sive immobiles (3): sive pleno proprietatis, et ususfructus jure defunctus easdem possederit, sive alterutro tantum (4): imo et res pignori traditae (5). Res quoque sub conditione legatae, quia interim haereditariae sunt (6).

(1) *L. Caeterae itaque* 4. §. 1. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 4. §. *Sed, et si quid* 2.
(3) *L. Bona quaecumque* 8. *cod. hoc tit.*
(4) *L. Item praedia* 10. *ff. hoc tit.*
(5) *L. Si pignori* 29. *ff. hoc tit.*
(7) *L. Et post litem* 12. §. *Res, quae* 2. *ff. hoc tit.*

§. 145.

Quaedam res sunt, quae divisione eatenus non subsunt, quatenus ipsae jure inter cohaeredes dividuntur (§. 137.): nimirum actiones, et nomina debitorum, ita ut pro rata haereditatis parte singuli cohaeredes debeant, atque singulis debeatur (1); proinde si unus haeredum, secuta haereditatis divisione, solvendo esse desinat, caeteri inde non magis gravantur, quam solutione legatorum (2); cum nunquam in solidum cohaeredes obligati fuerint (3).

(1) *L. Per familiae* 2. §. *ult.*, *l. Haeredes* 25. §. 1. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Legatorum* 33. *ff. de legat.* 2. (31. 1.)
(3) *L. Pro haereditariis* 2. *cod. de haeredit. action.* (4. 16.)

§. 146.

Quia tamen solutio, et exactio partium multa plerumque habet incommoda, ad officium judicis nonnunquam pertinet, scite subjicit Gajus, ut debita, et credita singulis pro solido alia aliis attribuat (1): sed adjudicatio haec non efficit, ut unus solidum debeat, vel solidum uni debeatur; cum non suo dumtaxat, sed et procuratorio nomine agere, et conveniri possit, et debeat (2): ex quo sequitur, creditorem, qui vi hujusce adjudicationis unum cohaeredem in solidum convenerit, posse a caeteris petere, quod ab hoc consequi non potuit; nec enim, actionem adversus unum instituendo, renunciavit juri agendi adversus caeteros; neque ulla lex est, quae tacitam hanc conventionem praesumat, aut inducat; cum id tantum in emptore haereditatis receptum sit (3).

(1) *L. Plane* 3. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 3. *in med. ff. hoc tit.*
(3) *L. Post venditionem* 2. *codic. de pact.* (2. 3.)

§. 147.

Sed quid, si aes alienum testatoris dispositione, vel mutua coheredum voluntate divisum fuerit? Si quaestio ex jure Romano dijudicetur, creditores unum ex his in solidum convenire non possunt, licet solidum solvere a testatore jussus sit (1), aut mutua conventione se ita soluturum spoponderit (2), ne res inter alios acta aliis prosit (3). Sed usu fori, ut inanes circuitus vitentur, creditoribus ex aequitate potestas fit in solidum conveniendi eum, qui solidum testatoris voluntate, aut cohaeredum consensu debet (4). Caetera, quae ad hanc rem pertinent, late pertractavimus de oneribus haereditariis agentes (5).

(1) *L. Servo legato* 69. §. *Si testator* 2. *ff. de legat.* 2. (30. 1.)
(2) *L. Eum, qui* 56. §. 1. *ff. de V. O.* (45. 1.), *l. Pacto successorum* 26. *cod. de pact.* (2. 3.)

(3) *L.* 1., *et pass. cod. inter alios acta* (7. 60.)
(4) *Voet in ff. hoc tit. num.* 27.
(5) *V. Tom. VII. pag.* 219. *et seqq.*

Inst. l. 3. tit. 28. ff. l. 10. tit. 2. Cod. l. 3. tit. 36.

§. 148.

Praeter res haereditarias in familiae erciscundae judicium veniunt quoque praestationes personales, nimirum administrationis habitae rationes (§. 134.), atque impensae ab uno ex coheredibus in res haereditarias utiliter factae (1): dummodo post aditam haereditatem impensum sit, atque animo haeredis: alioquin negotiorum gestorum actione petuntur (2): damna quoque per unum cohaeredem rebus haereditariis data per hoc judicium reficienda sunt (3); sed judex in singulos cohaeredes sententiam ferre debet (4); cum unius caussà necessario caeteris non cohaereat.

(1) *L. Filiae* 18. §. 1. *cod. hoc tit.*, *l. Ex parte* 39. *in princip. ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 18. §. 1. *cod. hoc tit.*
(3) *L. Incerti juris* 19. *cod. hoc tit.*
(4) *L. in hoc judicio* 27. *ff. hoc titul.*

§. 149.

Sequitur disputatio de loco, ubi judicium familiae erciscundae institui oporteat, seu de judice competente hujusce actionis. In hac autem quaestione distinguendum videtur, an duo tantum sint cohaeredes, an vero tres, vel plures. Si duo tantum cohaeredes sint, quorum unus ad divisionem provocet, in loco, quo cohaeres ad divisionem provocatus, domicilium habet, instituendum videtur hoc judicium (1); tum quia ex generali juris regula actor sequitur forum rei (2); tum quia id constitutum in petitione haereditatis, cum petitorio, non possessorio judicio agitur (3).

(1) *Voet. in ff. hoc tit. num.* 42. *in fine.*
(2) *L. Juris* 2., *l. Magisteriae* 6. *cod. de jurisdiction. omn. judic.* (3. 13.)
(3) *L. unic. cod. ubi de haeredit. agat.* (3. 20.)

§. 150.

Si autem tres, vel plures sint cohaeredes, vel nemo ad divisionem provocet, sed omnes unanimi consensu familiam dividere velint, adeundus videtur judex, in cujus territorio major bonorum haereditariorum pars sita est (1), prout decretum invenitur de petitione fideicommissi (2); tum quia cum omnes cohaeredes ad eumdem judicem in hoc casu ire debeant, ne inextricabiles oriantur difficultates, uno judice rem uni, altero alteri adjudicante (3), facilius expeditur haereditatis divisio a judice territorii, ubi major est bonorum pars, quam a caeteris.

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 42. *in medio.*
(2) *L. Si fideicommissum* 50. *ff. de judic.* (5. 1.)
(3) *L.* 1. *ff. de quibus reb. ad eumd. judic. eat.* (11. 2.)

§. 151.

Sed quid dicendum, si aequalis fere bonorum pars in diversis locis sit? Judex domicilii ejus, qui ad divisionem provocatur, bona omnia dividere potest, si quibusdam credimus: alii putant, caussam in hoc casu a diversis judicibus expediri; ita ut quisque judex bona dividat, quae sunt in suo territorio. Nec desunt, qui sentiant, judicem superiorem adiri debere, qui in utroque territorio jus dicere possit (1); ne, diversis judicibus diversa statuentibus, minus aequa, vel minus commoda divisio fiat (2).

(1) *V. Brunneman. in cod. ad d. l. unic. ubi de haereditat. agat. lib.* 3. *tit.* 20. *num. ult.*
(2) *L.* 1. *ff. de quib reb. ad eund. judic. eat.* (11. 2.), *l. Nulli prorsus* 10. *cod. de judic.* (3. 1.)

Inst. l. 3. tit. 28. ff. l. 10. tit. 2. Cod. l. 3. tit. 36.

Sectio IV.

Quibus casibus cesset familiae erciscundae judicium.

SUMMARIA.

Familiae erciscundae judicium non obtinet, cum unus in re certa scriptus est, vel uni mobilia, alteri immobilia reliquit testator. §. 152.

Testator jubere potest, ne intra certum tempus, vel quamdiu certa persona vixerit, divisio fiat. §. 153.

Judex creditoribus petentibus, alicubi prohibere potest rerum divisionem, donec illis satisfactum sit. §. 154.

Familiae erciscundae actio non praescribitur triginta annis: utique vero, rerum haereditariarum dominium. §. 155., *et* 156.

Familiae erciscundae judicio non nisi semel plerumque agi potest. §. 157.

Divisio legitime peracta non nisi ex omnium consensu revocari potest. §. 158.

§. 152.

Judicium familiae erciscundae quandoque cessat omnino, ita ut bonorum divisio fieri nequeat: aliquando abit in judicium communi dividundo, ita ut res eodem modo dividantur, mutato tantum actionis nomine. Cessat omnino, seu nulla fit rerum haereditariarum divisio, si testator unum ex re certa haeredem scripserit, alium sine re: cum haeres in re certa institutus legatarii loco habeatur (1). Idem dicendum, si miles unum castrensis peculii, alium caeterorum bonorum haeredem fecerit; vel uni res mobiles, alteri immobiles reliquerit, quia testatoris dispositione res divisae sunt (2).

(1) *L. Quoties* 13. *cod. de haeredib. institut.* (6. 24.)

(2) *L. Haeredes* 25. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 153.

Testatoris prohibitio, ut supra diximus (§. 135.), non impedit, quominus divisio aliquando fiat; cum nec valeat conventio, ne ullo tempore a communione discedatur (1): potest tamen testator jubere, ne intra certum tempus, vel quamdiu certa persona vixerit, divisio fiat (2), cum et rata habeatur haec conventio inter socios facta (3): atque societas contrahi possit, quamdiu socii vivunt (4).

(1) *L. In hoc judicium* 14. §. *Si conveniat* 2. *ff. commun. divid.* (10. 3.)

(2) *L. Si qui ita* 4. *ff. de condit. instit.* (28. 7.), *Thes. dec.* 14. *num.* 5.

(3) *D. l.* 14. §. 3., *L. Actione* 65. §. *Item, qui* 6. *ff. pro soc.* (17. 2.)

(4) *L.* 1. *ff. eod. tit. pro soc.*

§. 154.

In praxi apud suos receptum tradit Voet, ut postulantibus creditoribus, a judice prohibeantur cohaeredes, ne ad rerum haereditariarum divisionem progrediantur, donec ipsis satisfactum sit (1): quod optima ratione nititur, ne creditores actiones suas in plures debitores dividere cogantur, quod grave nimis, et incommodum est.

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 32. *in fin.*

§. 155.

Praescriptione etiam longissimi temporis, sive triginta annorum non amittitur jus recedendi a communione rerum haereditariarum: seu cohaeredes familiae erciscundae judicio agere possunt, licet per triginta, et amplius annos in communione steterint; quae enim merae facultatis sunt, ex recepto axiomate nullo tempore praescribuntur (1); tum quia singuli cohaeredes bona pro indiviso possidentes non suo, sed aliorum nomine possident caeterorum partes (2): proinde praescribere nequeunt.

(1) *L. Viam publicam* 2. *ff. de via public., et itin. public.* (43. 11.) Inst. l. 3. tit. 30.
(2) *L. Male agitur* 2. *cod. de praescript. XXX., vel XL. annor.* (7. 39.)

§. 156.

Profecto, si unus cohaeres bona haereditaria per triginta annos suo nomine possederit, praescriptio locum habebit (1), non secus ac in aliis casibus: nimirum actio familiae erciscundae mixta est partim in rem, partim in personam; adeoque non sufficiunt decem anni inter praesentes, viginti inter absentes, quibus completur praescriptio longi temporis, sed triginta requiruntur (2).

(1) *L.* 1. §. 1. *cod. de annal. exception.* (7. 40.), *argum. l. Haereditatis* 7. *cod. de petition. haereditat.* (3. 31.)

(2) *D. l.* 1. §. 1., *d. l.* 7., *l. Sicut in rem* 3., *et seq. cod. de praescr. XXX. vel XL. annor.* (7. 39.)

§. 157.

Diximus, quandoque cessare judicium familiae erciscundae, sed locum fieri actioni communi dividundo (§. 152.): puta si quaedam bona indivisa remanserint, censuit Ulpianus, quia familiae erciscundae judicio semel tantum plerumque agi possit, actione communi dividundo experiendum esse (1): sed si mutuo consensu, judicis auctoritate neutiquam adhibita, cohaeredes bona inter se diviserint, non prohibentur reliqua hoc judicio petere (2). Sed in his ulterius non immoramur, cum parum intersit, utro judicio agatur.

(1) *L. Si filia* 20. §. *Familiae* 4. *ff. hoc tit.*
(2) *L.* 1. *cod. hoc tit.*

§. 158.

Divisio, tametsi legitime facta, mutuo cohaeredum consensu, quo dissoluta fuit, restaurari potest (1): nec tantum expresse, sed etiam tacite (§. 106.), dummodo omnes consentiant: sed, uno dissentiente, retractari nequit divisio, quae numeris omnibus absoluta sit, si autem aliquid desit, puta notarii stipulatio, cum in scriptis divisionem peragere voluissent cohaeredes, potest unus invito altero recedere (2). An vero, et quatenus divisio ex caussa laesionis rescindi possit, supra expendimus (§. 99. ad 105.).

(1) *L. Nihil tam naturale* 35. *ff. de R. J.* (50. 17.)

(2) *L. Contractus* 17. *cod. de fid. instrumentor.* (4. 21.), *Fab. cod. commun. utriusq. judic. lib.* 3. *tit.* 27. *def.* 2.

TITULUS XXV.

Quibus modis tollitur obligatio.

Instit. lib. 3. tit. 30. *Quib. mod. tol. obligat.*

SUMMARIA.

Obligatio vel ipso jure tollitur, vel ope exceptionis. §. 159.
Mutuo dissensu, re adhuc integra, solvitur obligatio solo consensu contracta. §. 160.
De quibus modis tollendae obligationis agendum sit? §. 161.

§. 159.

Justinianus, explicatis singulis speciebus quasi contractuum, tractat de personis, per quas obligatio acquiritur (1); sed, cum de hac re alibi ex proposito disseruerimus, idcirco expendemus diversos modos, quibus obligatio legitime contracta solvitur. Varii porro sunt modi, quibus obligatio irrita fit: alii ipso jure obligationem tollunt, atque

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 46 tit. 3. Cod. l. 8. tit. 43. debitorem liberant: alii non nisi per exceptionem. Ipso jure tollitur obligatio per solutionem, acceptilationem, novationem, compensationem, mutuum dissensum, et interitum rei. Exceptionem parit sententia, jusjurandum, testamentum, pactum, tempus.

(1) *Lib.* 3. *tit.* 29. *per quas personas obligatio acquiritur.*

§. 160.

Quod ad mutuum dissensum pertinet, certum est, obligationes solo consensu contractas ipso jure tolli, si modo res integra sit (1); ex trita juris regula unumquodque eodem modo dissolvitur, quo fuit colligatum (2); quod si res integra esse desierit, puta in venditione res tradita sit, vel solutum pretium, non sufficit nudus consensus, sed insuper restitui debet, quod traditum fuit (3). Obligationes vero, quae re, verbis, aut litteris contractae fuerunt, non nisi intervenientibus rebus, verbis, aut litteris extinguuntur (4).

(1) §. *ult. institut. hoc tit.*
(2) *D. l. Nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. jur.*
(3) *L. Ab emptione* 58. *ff. de pactis* (2. 14.)
(4) *D. l.* 35. *ff. de reg. jur.*

§. 161.

De dissolutione obligationis pacto, tempore, rei interitu suis locis diximus: de sententia, jurejurando, caeterisque exceptionibus infra agemus: oblata etiam occasione tradidimus, quae de acceptilatione scitu digna sunt. Quare hoc loco praestat expendere modos, quibus ipso jure obligatio tollitur, videlicet solutionem, novationem, et compensationem; quod tribus capitibus perficiemus.

CAPUT I.

De solutionibus.

Instit. lib. 3. tit. 30. *Quib. mod. toll. obligat.*
Digest. lib. 46. tit. 3. } *De solutionib.*
Cod. lib. 8. tit. 43. }

SUMMARIA.

Solutio latissime accepta complectitur omnem satisfactionem; stricte est realis praestatio ejus, quod debetur. §. 162.
Quae sint de solutione sigillatim expendenda? §. 163.

§. 162.

Solutionis verbum latissima significatione acceptum complectitur omnem satisfactionem, quocumque tandem modo fiat; cum solvere generatim dicatur, qui praestat, quod debet (1): stricto autem sensu, quatenus distinguitur a novatione, acceptilatione, compensatione, est realis, seu, ut alii ajunt, naturalis praestatio ejus, quod debetur (2). Definitio haec per se satis clara est, nec indiget explanatione.

(1) *L. Solutionis* 176. *ff. de verbor. significat.* (50. 16.)
(2) *Princip. instit. hoc tit.*

§. 163.

Haec sunt de solutione sigillatim expendenda: 1. A quibus, et quibus fieri possit: 2. Quibus modis, quo loco, et tempore solutio fieri possit, et debeat: 3. Qui sint solutionis effectus, ubi de probandae solutionis modis, et de pluribus caussis, in quas solutio imputari potest.

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 46. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 43.

Sectio I.

Qui solvere possint, et quibus solutio recte fiat.

SUMMARIA.

Solvere possunt omnes liberam rerum suarum administrationem habentes, licet criminis postulati, excepto repetundarum, et laesae majestatis. §. 164.

Procuratores speciali, vel generali cum libera mandato instructi solvere possunt. Syndicus in dubio universitatis nomine solvisse praesumitur. §. 165.

Extraneus solvere potest pro debitore etiam invito, quem liberat. §. 166.

Quid de pupillis, furiosis, et prodigis? §. 167.

Solvi potest creditori etiam reo criminis extra perduellionem, et alteri cuilibet ex mandato creditoris. §. 168.

Cessionario recte solvitur. An et creditori post cessionem? §. 169.

Solutio facta cessionario debitorem liberat, licet huic nihil debitum sit. §. 170.

Quo tempore cessio fieri debeat? §. 171.

An cessionario debeatur monetae augmentum? § 172.

Procuratori solvi potest. An famulis, et nunciis, si nec mandatum, nec instrumentum crediti habeant? §. 173.

Apparitori solvi nequit. Quid si metu carceris solutionem extorserit? §. 174., et 175.

Procuratori ad lites, vel ad vendendum constituto solvi non potest. §. 176.

Quid si solvatur vero administratori, sed alio nomine? §. 177.

Famulo, per quem dominus exigere soleat, recte solvitur. §. 178.

Quid si plures haeredes sint, atque unus solidum sibi dari postulet? §. 179.

Quid si solutum fuerit falso haeredi, seu haereditatis possessori bona fide? §. 180.

Creditori creditoris eo invito plerumque solvi nequit. §. 181.

Hosti provinciam occupanti, et ad solutionem urgenti solvens liberatur etiam a fisco. Quid si alteri solvatur jussu Principis, vel judicis? §. 182.

§. 164.

Solvere generatim possunt, quicumque liberam rerum suarum administrationem habent; licet alicujus criminis rei postulati sint (1); quia interim retinent bonorum administrationem; praeterquam in crimine repetundarum, et laesae majestatis (2), propter delicti atrocitatem, ex qua etiam in haeredes inquiritur (3).

(1) *L. Sed nec illud* 42. *junct. l. praeced. ff. hoc tit., Fab. cod. de accusationib. lib.* 9. *tit.* 2. *defin.* 1. *in princ.*

(2) *L. Ex judiciorum* 20. *ff. de accusat.* (48. 2.), *l. ult. cod. ad legem Jul. Majestat.* (9. 8.), *Fab. d. def.* 1. *num.* 2.

(3) *D. l.* 20 *ff. de accusat.*

§. 165.

Procuratores quoque non tantum, si mandatum ad hoc speciale habeant, sed etiam, si generali tantum mandato cum libera bonorum administratione instructi sint, recte solvunt (1); dummodo in postremo casu solverint id, ad quod solvendum dominus cogi potuisset (2); nec enim mandato generali continentur ea, quae quis verisimiliter, in specie mandaturus non fuisset (3). Porro solutio ab administratore facta, puta a syndico universitatis, in dubio praesumitur facta ex mandato, potissimum in antiquis (4).

(1) *L. Quodlibet* 87. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si is, cui* 94. §. *ult. ff. hoc tit.*

(3) *L. Qui peculii* 46. *ff. de pecul.* (15. 1.)

(4) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 2.

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 46. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 43.

§. 166.

Quinimmo traditur, posse extraneum pro debitore etiam ignorante, et invito solvere, ita ut debitor liberetur (1), imo et ipsi actio pignoratitia quaeratur (2): quod aequitate suadente receptum fuit, quippequae suadet, ut ignorantis, et inviti melior conditio effici possit (3). Negotiorum autem gestorum actio competit solventi, nisi forte solverit pro eo, qui jam liberatus esset: quo casu potius indebiti condictio danda esset (4), vel debitoris intersit eam pecuniam non solvi (5).

(1) *Princip. instit. hoc tit.*, *l. Solutione* 23. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si pro me* 40. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Solvere* 53. *ff. hoc tit.*

(4) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *def.* 10.

(5) *L. Cum pecuniam* 43. *ff. de negot. gest.* (3. 5.)

§. 167.

Pupilli, furiosi, et prodigi sine tutoris, vel curatoris auctoritate, quod vere etiam, seu civiliter debent, solvere prohibentur; atque nummos extantes repetere possunt; si vero consumpti sint, ne inanis circuitus fiat, liberatio contingit, et repetitio denegatur (1): plane, si naturaliter tantum essent obligati, puta quia sine tutoris, aut curatoris interventu spopondissent, cum naturalis haec obligatio jure civili reprobetur, repetitio competit (2): sed in his, quae alibi ex proposito expendimus (3), immorandum non arbitramur.

(1) §. *ult. instit. quib. alien. lic.* (2. 8.), *l. Quod si forte* 14. §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *L. Interdum* 29. *ff. de condic. indebit.* (12. 6.)

(3) *Tom. II. pag.* 337. §. 1443., *et seqq.*

§. 168.

Solvi potest creditori, etiam reo criminis (1), extra delictum laesae majestatis (2); et alteri cuicumque ex mandato expresso, vel tacito creditoris (3): adeoque ei, qui solutionis caussa adjectus fuit (4), licet creditor deinceps prohibeat; cum non possit, invito debitore, stipulationis naturam immutare (5): dummodo in eodem statu manserit (6). Plane hujus haeredi solvi nequit, cum hic mandatarii loco sit; mandatum vero morte mandatarii extinguitur (7).

(1) *L. Reo criminis* 41. *ff. hoc tit.*

(2) *L. ult. cod. ad leg. Jul. majestat.* (9. 8.), *Fab. cod. de accusat. lib.* 9. *tit.* 2. *defin.* 1. *in princ.*

(3) *L. Si debitorem* 21. *ff. de novat.* (46. 2.)

(4) §. *Si quis alii* 4. *instit. de inutil. stipulat.* (3. 20.)

(5) *L. Vero procuratori* 12. §. *pen. ff. hoc tit.*

(6) *L. Cum quis sibi* 38. *ff. hoc tit.*

(7) *L. Si stipulatus* 81. *ff. hoc tit.*

§. 169.

Cessionario quoque recte solvitur; cum immo utiles actiones suo nomine exercere possit (1): si tamen cessio in utilitatem cedentis facta sit, adhuc cedenti solvi potest, maxime si cessionarius adhuc cedentis nomine tamquam mandatarius, seu procurator cedentis agat (2): nisi debitori consentienti denunciatum sit, ne cedenti solveret, vel cum eo lis jam sit contestata (3).

(1) *L. Postquam* 7., *et seq. cod. de haeredit., vel action. vend.* (4. 39.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 13. *V. et def.* 57.

(3) *L. Si delegatio* 3. *cod. de novat.* (8. 42.)

§. 170.

Solutio facta cessionario debitorem liberat, licet deinceps opposuerit, nihil debitum fuisse cessionario; adeoque cessionem, veluti ex falsa caussa factam, sive ad extinguendum debitum, quod non erat, nullam fuisse (1); nihil enim imputari potest de-

bitori, cum jussu creditoris solverit (2). Quare sola superest creditori condictio indebiti adversus cessionarium.

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 46. tit. 3 Cod. l. 8. tit. 43.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 26.

(2) *L. Solutam* 49. *ff. hoc tit.*

§. 171.

Cessio, ut obiter dicamus, fieri debet, antequam actio, quae ceditur, extincta sit (1): sed si adhuc vigeat, licet opposita doli exceptione elici possit, adhuc cedi potest (2); puta si creditor, postquam tertius possessor, pignoris luendi caussa, pecuniam debitam solvat, actiones cedat adversus debitorem. Idem obtinet, si pactum cedendarum actionum prius factum sit (3).

(1) *L. Modestinus* 76. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si res obligata* 57. *in fin. ff. de legat.* 1. (30. 1.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *def.* 19.

(3) *D. l.* 76. *in fin. ff. hoc tit.*

§. 172.

Caeterum, cum cessionarius, cui in solutum nomen datum fuit, nihil amplius consequi possit, quam sibi debebatur; cum nec solvi queat, quod non debetur, inde colligit Faber, cessionarium, cui nullum debebatur monetae augmentum, quia ex die contracti debiti nulla supervenerat deterioratio monetarum, quae huic augmento caussam praebere solet, non posse illud petere a debitore, cujus nomen ipsi cessum fuit, licet cedenti debitum fuisset (1). Sed hic voluntatis quaestio est, an cedens debitori suo remittere voluerit augmentum, an sibi retinere, quod probabilius est.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 52.

§. 173.

Quemadmodum cessionario, ita et vero procuratori, seu ei, qui speciale, vel generale cum libera bonorum administratione mandatum habeat, recte solvitur (1): sed si falso procuratori solutum sit, licet bona fide, solvens non liberatur; atque sola competit solventi actio ad repetendum a falso procuratore, quod per errorem solvit (2). Atque idem dicendum de solutione facta famulo creditoris, aut dicenti se nuncium, si neque mandatum habeat, neque instrumentum crediti, cujus possessio loco mandati esse creditur (3). Facilius excusatur ille, qui solvit bona fide ei, qui creditor habebatur, licet talis non sit (4).

(1) *L. Vero procuratori* 12., *l. Qui hominem* 34. §. *Titium* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 34. §. *Si nullo* 4. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *def.* 29. *in princip.*

(3) *Argum. l. ult. cod. de pact. convent.* (5. 14.), *Fab. cod. hoc tit. d. defin.* 29. *num.* 1., *et* 2.

(4) *Fab. cod. hoc tit. d. defin.* 29. *num.* 5., *et seq.*, *et defin.* 38.

§. 174.

Apparitori, seu executori non recte solvitur; quia nec a creditore mandatum habet ad accipiendam solutionem, sed tantum potest debitorem in jus vocare, pignora ex mandato judicis capere, et distrahere (1). Si tamen injuriosus executor metu praesentis carceris extorqueat a reo solutionem, debitor liberatur (2): imputari potius creditori debet, cur talem executorem elegerit, non debitori, qui solverit, ut carceris injuriam, unde aestimatio apud graves viros laeditur, effugeret.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 24. *in princ.*

(2) *Fab. d. defin.* 24. *num.* 5., *et seqq.*, *et def.* 48.

§. 175.

Quod si executor acceptam a debitore nimis facili, nec praesentis metu carceris inducto, pecuniam creditori obtulerit, isque accipere recusaverit, quia oblatae auri, vel

Inst. l. 3. lit. 30. ff. l. 46. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 43.

argenti species minoris essent, deinde pecunia vel casu fortuito, vel dolo apparitoris deperdita sit, debitori perit, non creditori (1), qui nec a debitore ipso accipere coactus fuisset, nisi toto debito oblato. Proinde res debitoris periculo est, in mora solvendi adhuc constituti (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *d. defin.* 24. *num.* 12., *et seqq.*
(2) *L. Creditor* 102. *ff. hoc tit.*

§. 176.

Ex his patet, procuratori ad lites tantum (1), vel dumtaxat ad vendendum constituto minus recte solvi (2): nisi et hoc speciatim mandatum sit; prout plerumque mandari solet procuratoribus ad vendendum. Sane procuratori post revocatum mandatum amplius solvi nequit, nec debitor solvendo liberatur, nisi ignorans mandati revocationem solverit (3).

(1) *L. Hoc jure* 86. *ff. hoc tit.*, *l. Sed si tantum* 13. *ff. de pact.* (2. 14.)
(2) *Argum. l.* 1. §. *Igitur* 12. *ff. de exercitor. action.* (14. 1.)
(3) *D. l. Vero procuratori* 12. §. *Sed et si* 2. *ff. hoc tit.*

§. 177.

Sed quid, si solutio fiat vero administratori, sed alio nomine: puta debitor solverit patri tamquam patri, eum solvere debuisset tamquam legitimo administratori bonorum filii? Existimat Faber, debitorem ita solventem liberari, ita ut nec vivo, nec mortuo patre possit a filio creditore conveniri; ipse vero pater potius constitutus intelligatur filii debitor (1): nihil imputandum videtur creditori, qui ei solvit, cui solvere poterat, et debebat; licet curiosus non inquisivit, quo nomine patri solveret.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *def.* 56.

§. 178.

Creditoris famulo, nisi mandatum exhibeat, vel obligationis instrumentum, solvi non posse, jam innuimus (§. 173); vel nisi dominus solitus sit per famulum exigere, nec ulla sit suspicionis ratio (1). Quo autem modo pupillis, minoribus, et similibus solvendum sit, ut plena liberatio obtineatur, suo loco expendimus (2).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 4. *in fin.*
(2) *V. Tom. II. pag.* 376. §. 1434. *et seqq.*

§. 179.

Vero haeredi recte solvitur, quod defuncto debitum erat, cum haeres in omnia jura defuncti succedat (1): quod si duo de haereditate contendant, vel unus singulari aliquo jure sibi solidum dari postulet, neutri tuto solvitur; sed pecunia obsignanda, et deponenda est, donec de eorum jure pronunciatum fuerit; nisi alter idoneam offerat debitori cautionem restituendi, si ita judicari contigerit, et de debitore defendendo (2): quod si ambo cautionem offerant, praeferendus ille est, qui meliore jure niti videtur (3).

(1) *L. Haeredem* 59., *l. Haereditas* 62. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(2) *L.* 1. §. *Apud Julianum* 37. *ff. depositi* (16. 3.)
(3) *Fab. cod. de rei vindicat. lib.* 3. *tit.* 22. *def.* 8. *in fin.*

§. 180.

Sed quid dicendum, si debitor falso haeredi, seu haereditatis possessori solverit, cum hic jura haeredis non habeat? Distinguendum est, an hic publice a plerisque tamquam haeres haberetur, nec ne: in primo casu liberatus videtur debitor, cui nihil potest imputari, atque sola superest creditori actio adversus falsum haeredem, ut ab eo repetat, quod consecutus est (1); prout traditur de eo, qui bona fide solverit procuratori, cujus mandatum revocatum fuisse nesciebat (§. 173.): ut ita bona fides tantum praestet, quantum rei veritas (2): in altero casu imputandum est debitori, cur imprudens alteri solverit, quam cui solvendum erat (3).

(1) *Argum. l. Cum qui sibi* 38. §. 1. *ff. hoc tit., Fab. cod. de bon., quae liber.* 6. *tit.* 35. *def.* 15. Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 46. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 43.

(2) *L. Bona fides* 136. *ff. de reg. jur.*

(3) *Argum. l. Qui cum alio* 19. *ff. eod. tit.*

§. 181.

Creditori creditoris sui debitor, invito creditore suo, plerumque non potest solvere (1); tum quia de re sua, vel sibi debita quisque pro arbitrio suo, non alieno, disponit: tum quia debitor ignorat exceptiones, quibus forte creditor suus adversus creditorem uti potest: si tamen solverit, actione negotiorum gestorum repetere poterit, quatenus creditori suo solvendo profuit (2). Immo, si debitoris intersit, potest invito etiam suo creditore hujus creditori solvere: puta secundus conductor primo locatori pensionem recte solvit, ut ita liberet res suas invectas, et illatas in praedium urbanum (3), vel fructus praedii rustici a legali pignoris vinculo (4). Conductor tamen primus secundum prohibere potest, ne locatori solvat, cum vere sibi debeat (5). Quod si secundus conductor justam habeat metuendae molestiae caussam, ad judicis auctoritatem confugere debet, non sibi ipse jus dicere (6).

(1) *L. Invito* 12. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Si opera* 6. *in fin. ff. de dol. mal., et met. exception.* (44. 4.)

(3) *L. Solutum* 11. §. *Solutam* 5. *ff. de pignorat. action.* (13. 7.)

(4) *D. l.* 11. §. 5., *junct. l. Si in lege* 24. §. 1. *ff. locat.* (19. 2.)

(5) *V. Tom. X.* §. 1284. *pag.* 309.

(6) *L. Non est singulis* 176. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 182.

Hosti provinciam occupanti, et ad solutionem cogenti recte solvi, ita ut liberatio obtineatur, sive privatis, sive fisco debitum fuerit, apud omnes constat, et nos alibi probavimus, de mercede locationis hostibus coacte data agentes (1): dummodo bona fide ex parte solventis, et vi majore, cui resisti nequit, res gesta sit, non collusione quadam (2). Liberatur quoque debitor fisco ob delictum creditoris jussu Principis, vel Magistratus solvens, nisi in mora per interpellationem positus sit, atque jussum denunciaverit creditori, cum posset (3). Idem est, si solverit falso creditori, sed mandante judice (4).

(1) *V. Tom. X.* §. 1301. *pag.* 313.

(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 7. *in fine.*

(3) *Thes. lib.* 2. *quaest.* 54. *numer.* 2., 4., *et* 5. ✠

(4) *L. Ait praetor* 7. §. *Sed etsi* 2. *ff. de minor.* (4. 4.)

Sectio II.

Quo modo, quo loco, et quo tempore solutio fiat.

SUMMARIA.

Solvi plerumque non potest aliud pro alio invito creditore. §. 183.

Quid si res aliena legata sit: vel propria sine gravi incommodo dari nequeat, aut perierit? §. 184., *et* 185.

Quae requirantur conditiones, ut creditor rem immobilem pro pecunia debita accipere cogatur tum Romano, tum patrio jure? Quod si res in solutum sub conditione datae fuerint, vel suo tempore non tradantur? §. 186., *et* 187.

Beneficium competentiae competit donatoribus, fratribus, atque haeredi cum beneficio inventarii. §. 188.

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 46. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 43.

Solutio minutatim facta gravia habet incommoda; quam ideo creditor plerumque accipere non tenetur. §. 189.

Mensura loci, in quo res sitae sunt, spectatur, si res immobiles debeantur. Quid de mobilibus? §. 190., *et* 191.

An monetae augmentum creditori debeatur? §. 192.

Debitor dando pignora, et fidejussores plerumque non liberatur. Quid si creditor pignora minus idonea pro debitoris securitate dederit; eaque judex probaverit? §. 193.

Solutio regulariter fieri debet in loco contractus, nisi aliud actum appareat, vel suadeat aequitas. §. 194.

Debitor plerumque non tenetur solvere ad domum debitoris. §. 195.

Statim solvi debet, quod temporis dilationem non habet. An solvi possit ante diem praefinitum? §. 196.

Dies incoeptus habetur pro completo in debitis favorabilibus, puta alimentorum, non in caeteris. §. 197.

§. 183.

Generalis regula, cum de modo faciendae solutionis disputatur, in jure traditur, solvendam esse rem ipsam, quae debetur, ea qualitate, quantitate, modo, et tempore, quo promissa fuit. Imprimis res ipsa, quae obligatione continetur, solvi debet; nec enim aliud pro alio solvi potest, nisi debitor sponte consentiat (1); cum multum interesse possit creditoris, ut unam rem potius, quam alteram consequatur. Quod et ad facta praemissa extendendum alibi demonstravimus (2).

(1) *L. Eum, a quo* 16. *cod. hoc tit.*

(2) *V. Tom. X.* §. 229., *et seqq. pag.* 60.

§. 184.

Sed plures sunt hujus regulae exceptiones: atque aliud pro alio recte solvitur creditori invito: puta si res aliena legata fuerit, nec haeres justo pretio eam comparare potuerit: sufficit in hoc casu rei aestimationem dare (1): idem statuendum censet Ulpianus de re legata, cujus retinendae haeres gravissimam, et justam caussam habeat: veluti si servus legatus haeredis pater, mater sit, aut frater naturalis; ita ut officio judicis cogatur legatarius aestimationem rei loco accipere (2).

(1) §. *Non solum* 4. *institut. de legat.* (2. 20.)

(2) *L. Si domus* 71. §. *Qui confitetur* 3. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

§. 185.

Necessitas justa quoque caussa est, cur aestimatio loco rei debitae praestanda sit, si haec perierit culpa debitoris; quo casu etiam aestimatio quanti plurimi praestanda est (1). Partim ex necessitate, partim ex aequitate succursum est jure novo debitori pecuniae, vel alterius rei mobilis, ut rem immobilem, quam habet meliorem, creditori offerre possit, eamque creditor in solutum accipere teneatur; si nemo sit, qui eam emere velit, dummodo ipsi de evictione cautum sit (2).

(1) *L. penult., et ult. ff. de condiction. triticar.* (13. 3.)

(2) *Auth. Hoc, nisi debitor post l.* 16. *cod. hoc tit., Novell.* 4. *cap. ult.*

§. 186.

Ut ergo creditor rem immobilem pecuniae loco accipere cogatur, hae requiruntur conditiones. 1. Ut debitor pecunia careat, aliave re mobili; quippe Justinianus electionem permittit creditori rem mobilem, aut immobilem pro arbitrio accipiendi (1). 2. Ut emptor harum rerum non inveniatur, justo quidem pretio. 3. Meliora offerenda sunt bona, ex quibus creditor eligat; facta a judice justa earum aestimatione. 4. Fidejussor pro casu evictionis detur (2).

(1) *D. Novell.* 4. *cap. ult. fer. in princip.*

(2) *D. Novell.* 4. *cap. ult., d. Auth. Hoc, nisi debitor cod. hoc tit.*

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 46. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 43.

§. 187.

Haec Romanarum legum sanctio jure regio fere firmata est: cautum quippe, ut, debitore ante litem contestatam offerente bona ad formam allatae authenticae (1), creditor ad justam aestimationem ea accipere non cogatur, sed quarta pretii pars favore creditoris deduci debeat, si bona immobilia pecuniae loco dentur, octava ex mobilibus, vel semoventibus: vigesima ex annona, censibus, aliisve annuis reditibus (2): atque haec omnia observanda jubentur, licet beneficio dictae authenticae quovis modo renunciatum sit (3): excipiuntur tamen ab onere deductionis debitores, quibus competit beneficium, ne amplius teneantur, quam facere possunt, deducto ne egeant; horum enim favore suadet aequitas, bona ad justam aestimationem creditori adjudicari (4). Creditori in rei pretio favent Regiae sanctiones, sed simul redimendi facultatem tribuunt debitori intra annum (5); prout alibi diximus (6). Quod si res in solutum ita datae fuerint, nisi creditor intra certum tempus solvat, placuit, creditorem non posse pecuniam petere, nisi hoc specialiter actum sit, vel jure potius pignoris solutio sit facta (7): sed vicissim debitor in pecuniam damnatur, si sua die rem promissam non dederit (8).

(1) *D. Auth. Hoc, nisi debitor, post l.* 16. *cod. hoc tit.*
(2) *Reg. Const. lib.* 3. *tit.* 32. §. 42.
(3) *D.* §. 42. *in fin.*
(4) *Reg. Constit. ibid.* §. 49.
(5) *Reg. Constit. d.* §. 49.
(6) *V. Tom. IX* §. 1502., *et seqq. pag.* 381.
(7) *Thesaur. decis.* 147. *num.* 3., 5. ✠, *et in addit.* ✠
(8) *L. Si penum* 24. *ff. quand. dies legator.* (36. 2.)

§. 188.

Beneficium autem, ne in plus conveniantur, quam facere possunt, deducto ne egeant, competit generatim illis, qui ex liberalitate sua conveniuntur, seu donatoribus (1), parentibus (2), immo et fratribus, licet a sorore conventis ad solutionem dotis, prout ex aequitate propter conjunctionem personarum censuit olim Senatus (3), nec non haeredi cum beneficio inventarii, si haereditas minus sufficiens esset creditoribus dimittendis (4).

(1) *L. Inter eos* 19. §. 1. *ff. de re judicat.* (42. 1.)
(2) *L. Sunt, qui* 16., *et seqq. ff. eod. tit.*
(3) *Thes. dec.* 153. *num.* 5. ✠
(4) *Thesaur. ibid. num.* 6., *et in additionibus litt.* B. ✠

§. 189.

Non sufficit partem rei solvere, sed totum debitum solvendum est; liberum utique est creditori partem rei, vel unam ex pluribus rebus debitis petere (1), non tamen potest debitor creditori invito partem solvere (2); quia solutio minutatim facta saepe multa habet incommoda (3): nisi vel plures sint unius debitoris haeredes, inter quos onera haereditaria ipso jure dividuntur (4): vel ad solutionem urgeantur plures fidejussores divisionis beneficio gaudentes (5): vel una debiti pars liquida, ut ajunt, sit, altera illiquida (6): quo casu pro parte illiquida cautio praestanda est, sed creditor non tenetur pignus dimittere, nisi toto credito liquidato, et soluto (7); cum jus pignoris individuum sit (8).

(1) *L. In commodato* 17. §. *Duabus* 4. *ff. commodat.* (13. 6.)
(2) *L. Tutor* 41. §. 1. *ff. de usuris* (22. 1.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *def.* 8. *in princip.*
(3) *L. Plane* 3. *ff. famil. erciscund.* (10. 2.)
(4) *L. Pro haereditariis* 2., *et passim cod. de haereditar. action.* (4. 16.)

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 46. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 43.

(5) §. *Si plures* 4. *instit. de fidejussorib.* (3. 21.)
(6) *L. Quidam* 21. *ff. de rebus credit.* (12. 1.)
(7) *Fab. d. def.* 8. *in fin.*
(8) *L. Rem haereditariam* 65. *ff. de evictionib.* (21. 2.)

§. 190.

Non tantum res ejus qualitatis, quae promissa fuit, aliove modo debetur, praestanda est; sed et pro quantitate debita. Quod si non constet, cujus loci mensura spectanda sit, distinguere oportet res immobiles a mobilibus: si res immobiles ad certam mensuram debeantur, quae pro locorum diversitate diversa esse solet, mensura loci, in quo sitae sunt res, servari debet (1); ad hujus loci mensuram in dubio respexisse censentur contrahentes; nisi aliud actum appareat expresse, vel tacite (2).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 8.
(2) *L. Semper in stipulationibus* 34. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 191.

Quod si de rebus mobilibus quaestio sit, videtur inspicienda mensura loci, in quo juxta conventionem praestari debent; quia unusquisque contraxisse intelligitur in loco, in quo solutio fieri debet (1): nisi alterius loci quantitas expresse adjecta sit, aut tacite, puta si certa quantitas vini, vel frumenti mutuo data sit, licet restitutio fieri debeat in alio loco, ubi minor sit rerum hujusce generis mensura, attamen tacite id actum intelligitur, ut in eadem mensura, et qualitate reddatur (2).

(1) *L. Contraxisse* 21. *ff. de oblig., et act.* (44. 7.)
(2) *L. Cum quid mutuum* 3. *ff. de reb. credit.* (12. 1.)

§. 192.

Quod pertinet ad monetae qualitatem, ejusque augmentum, an, et quatenus creditori debeatur, alibi fuse expendimus (1): tantummodo monemus, nec dotis favorem, nec moram in solvendo contractam facere posse, ut dos solvi debeat in meliore moneta, quam quae fuit tempore dotis datae, aut promissae (2); quia mora non auget obligationem; sed tantum efficit, ut praestetur periculum, vel accessio ejus, quod debetur (3). Subjicit Faber, edictum de minuenda quantitate debiti ob monetas melioratas non pertinere ad expensas litium, licet jam ante factas, et taxatas (4).

(1) *V. Tom. IX. pag.* 235. §. 918., *et seqq.*
(2) *L. Cum quid mutuum* 3. *ff. de reb. credit.* (12. 1.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 42.
(3) *L. Si ex legati* 23., *et l. seq. ff. de verbor. obligationib.* (45. 1.)
(4) *Fab. cod. hoc tit. def.* 43.

§. 193.

Ex his patet, debitorem plerumque dando pignora, aut fidejussores non liberari, nisi creditores sponte consentiant; vel nisi debitor urgentibus creditoribus in carcerem conjectus in gravem morbum incidat, atque inde subeat vitae discrimen, nisi e carceribus eximatur: quo casu suadet aequitas ei succurri, si fidejussores, vel pignora idonea det (1). Sane, si fingamus, pignora a creditore pro debitoris securitate data, ne molestiam ab alio passus in damno haereat, a judice tamquam idonea probata esse, non est audiendus debitor, allegans minus idonea, nec per viam appellationis; cum nihil ipsius intersit; quippequi per judicis sententiam plene liberatus est, dummodo ea omnia alleget, quae instruere judicem possunt (2): quo fundamento etiam liberari dicimus eum, qui solvit ex praescripto judicis, licet judex male decreverit; dummodo per debitorem religio judicis bene instructa fuerit (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 16.
(2) *L. Si pupilli* 66. *in fin. ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. defin.* 18.
(3) *L. Ait praetor* 7. §. *Sed et si* 2. *in fin. ff. de minorib.* (4. 4.), *Fab. cod. hoc tit. defin.* 9.

§. 194.

Instit. l. 3. tit. 30. ff. l. 46. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 43.

Non sufficit, rem debitam integram solvi in ea qualitate, quae debetur, sed et opportuno loco, et tempore solvenda est (1). Solutio regulariter facienda est in loco, ubi celebratus fuit contractus (2); sicut enim contraxisse quis intelligitur, ubi se ad solvendum obligavit (3), ita et praesumitur solvere velle in loco, in quo solvendi obligationem suscepit: nisi aliud expresse, vel tacite actum appareat, vel suadeat aequitas; puta si indebitum alicui solutum sit; quippequod restituendum est in loco, in quo exactum fuit (4); tum quia ibi quasi contraxisse videtur; tum quia alioquin damnum pateretur, qui indebitum solvit.

(1) *L. Si soluturus* 39. *ff. hoc tit*, *l. Qui Romae* 122. *ff. de verbor. oblig.* (45. 1.)

(2) *L. Haeres absens* 19. §. *Proinde* 2. *ff. de judic.* (5. 1.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 55.

(3) *L. Contraxisse* 21. *ff. de oblig.*, *et act.* (44. 7.)

(4) *Fab. cod. hoc tit. defin.* 33.

§. 195.

Non tamen tenetur debitor ire ad domum creditoris (1); ne emphyteuta quidem, nisi ita convenerit, aut consuetudine, vel usu immemoriali inductum probetur (2), aut nisi quis indebite exegerit a debitore, qui ad domum creditoris solvere tenebatur (3); quasi successerit in locum, et onera debitoris.

(1) *Argum. l. Item illa verba* 18. *ff. de pecun. constit.* (13. 5.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 4.

(3) *Fab. cod. hoc tit. defin.* 46.

§. 196.

Tempus quod attinet, distinguendum est, an dies solutioni praefinitus sit, nec ne. In primo casu conventioni standum est: alioquin statim solvi debet, cum modico tamen temperamento (1). Si dies debitoris gratia adjectus fuerit, ut plerumque fit, etiam antea solvi potest; non vero, si creditoris favor versetur, sive ex testamento, sive ex contractu aliquid solvendum sit (2), ut alibi diximus (3).

(1) *L. Quod dicimus* 105. *ff. hoc tit. V. Tom. X.* §. 297. *pag.* 74.

(2) *L. Javolenus* 15. §. 1. *ff. de annuis legat.* (33. 1.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 14.

(3) *V. Tom. IX. pag.* 249. § 976., *et seqq.*

§. 197.

Porro tempus incoeptum habetur pro completo in debitis favorabilibus, puta alimentorum, itaut initio cujuslibet anni solvi debeant alimenta (1): in caeteris vero non nisi transacto tempore, quod expressum est, solvendi necessitas urget (2). Quod si obligatio conditionalis sit, eventus conditionis expectandus est (3). Sed in his, quae alibi fuse expendimus, ulterius immorandum non arbitramur (4).

(1) *L. A vobis* 5., *l. Filiae* 22. *ff. de annuis legat.* (33. 1.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 12.

(2) *L. Qui hoc anno* 42. *ff. de V. O.* (45. 1.), *V. Tom. X.* §. 299., *et seqq. pag.* 74.

(3) §. *Sub conditione* 4. *instit. de verbor. obligat.* (3. 16.), *V. Tom. X.* §. 308., *et seq. pag.* 76.

(4) *V. Tom. X.* §. 286., *et seqq. pag* 72.

Inst l. 3. tit. 30. tl. l. 46. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 43.

APPENDIX.

De oblatione, et depositione rei debitae.

SUMMARIA.

Oblatione, et depositione pecuniae debitae solvitur obligatio. §. 198.

Oblatio sola debitorem plene non liberat. Quid de usuris? §. 199., *et* 200.

Si res post oblationem legitime factam perierit, debitor liberatur, licet prius in mora fuerit. §. 201.

Poena per oblationem pecuniae debitae vitatur, atque solvitur antichresis. §. 202.

Mora etiam judicialis per depositionem pecuniae debitae purgatur. §. 203.

Oblatio praecedere debet depositionem, atque totum debitum deponendum est, si liquidum sit. §. 204.

Pro deposita habetur pecunia, si creditor eam deponi noluerit. §. 205.

Obsignanda, et deponenda est res ejus qualitatis, quae debetur, atque in moneta proba. §. 206.

Apud quem pecunia debita deponenda sit? §. 207.

Depositum pecuniae debitae ex sola depositarii confessione non probatur. Quid si depositarius succedat in jura debitoris? §. 208.

Tempore, et loco opportunis pecunia deponi debet. §. 209.

Debitor depositam pecuniam recipere potest, quamdiu creditor depositum non probavit. §. 210.

§. 198.

Si creditor oblatam pecuniam debitam accipere detrectet, potest debitor se ab obligatione liberare, eamdem offerendo, obsignando, et deponendo apud acta judicis (1); nec enim invitus cogi potest, ut in obligatione maneat, si modo dies obligationis venerit, vel in gratiam debitoris adjectus sit, prout plerumque adjici solet (2); quamquam interdum creditoris favore adjicitur dies, nec citius solvere potest debitor (3).

(1) *L. Obsignatione* 9. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Eum, qui calendis* 41. §. 1. *in fin. ff. de verbor. obligat.* (45. 1.), *l. Quod certa die* 70. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Javolenus* 15. *ff. de annuis legat.* (33. 1.), *V. Tom. IX. pag.* 249. §. 976., *et seqq.*

§. 199.

Igitur obsignatione, et depositione pecuniae debitae legitime facta liberatur debitor (§. praeced.): non idem omnino est solius oblationis effectus; cum enim oblatio callide fieri possit, et facile retractari, non omnino imputari potest creditori, cur oblatam pecuniam accipere recusaverit, nec plenam liberationem debitori parere apta est: adeoque, ut alibi diximus, si mora per interpellationem extrajudicialem facta fuerit, atque hinc usurae deberi coeperint, sola quidem pecuniae oblatio sufficit ad sistendum cursum usurarum: non vero si usurae debitae sint ex conventione, vel natura contractus, aut per interpellationem judicialem (1).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *definit.* 53. *V. Tom. IX. pag.* 299. §. 1162., *et* 1163.

§. 200.

Quia tamen hodiernis moribus mora per interpellationem extrajudicialem non contrahitur, nec prius usurae currere incipiunt, quam debitor in judicium vocatus fuerit, idcirco per solam oblationem non sistitur cursus usurarum, quae citra conventionem, aut moram ex re, seu ex sola judiciali interpellatione, debentur (1).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 40., *V. Tom. IX* §. 1166., *et* 1167. *pag.* 300.

§. 201.

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 46. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 43.

Si debitor pecuniam, vel aliam quamcumque rem sive in genere, sive in specie debitam legitimo loco, et tempore obtulerit creditori, isque eam accipere recusaverit, tum pereat sine culpa debitoris, hunc liberari respondent jureconsulti: non quidem ipso jure, sed ope exceptionis (1); quia aequum non sit, teneri adhuc post interitum rei debitorem, qui non teneretur, si creditor perperam non recusasset accipere: nec interest, quod debitor prius interpellatus non solverit; cum mora per oblationem deinceps factam purgetur (2); ita ut ipse fur, qui semper in mora est, a condictione furtiva liberetur, si res furto ablata perierit, postquam domino eam obtulit (3).

(1) *L. Si soluturus* 39. *in med.*, *l. Qui decem* 72. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 72. *in princ. ff. hoc tit.*, *l. Interdum* 73. §. *ult. ff. de verb. oblig.* (45. 1.)

(3) *L. In re furtiva* 8. *ff. de condict. furtiv.* (13. 1.)

§. 202.

Quemadmodum rei debitae oblatione impeditur, ne currere incipiant usurae (§. 200.), ita etiam fit, ne nascatur obligatio poenalis (1): nec enim puniri debet, qui ad obligationem implendam se paratum exhibuit. Idem dicendum de antichresi, videlicet eam solvi per solam pecuniae debitae oblationem (2).

(1) *L. Celsus* 23. §. *ult.*, *et l. seq.*, *l. Arbiter* 40. *ff. de recept.* (4. 8.)

(2) *L. Ex praediis* 11. *cod. de usur.* (4. 32.)

§. 203.

Obsignationis, atque depositionis major vis est, quam solius oblationis; ita ut ex depositione rei debitae plenissimam liberationem consequatur debitor, si modo legitime facta sit (1); pro ut mox explicabimus: atque ideo mora etiam judicialis per depositionem purgatur (2); cum verae solutionis vim habeat (3).

(1) *L. Obsignatione* 9. *cod. hoc tit.*, *l. Acceptam* 19. *cod. de usur.* (4. 32.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 6.

(2) *L. Si per te* 9. *cod. de usur.*, *Fab. cod. hoc tit. def.* 40. *in fin.*

(3) *D. l.* 9. *cod. hoc tit.*

§. 204.

Obsignatio, et depositio rei debitae, ut legitima sit, et solutionis vices obtineat, plures desiderat ex communi sententia conditiones. In primis oblatio praecedere debet pecuniae depositionem (1): alioquin sciri nequit, an creditor solutionem accipere velit, nec ne; ideoque deponentis debitoris damno res periret (2). Praeterea opus est, ut deponatur totum debitum, quia partem accipere non tenetur creditor (3); una cum usuris, si quae debeantur (4): quod si pars debiti illiquida, seu incerta sit, pro hac sufficit satisdationem praestare (5).

(1) *D. l. Obsignatione* 9. *cod. hoc tit.*, *l. Acceptam* 19. *cod. de usur.* (4. 32.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 7. *in princ.*

(2) *Fab. d. defin.* 7. *in fin.*

(3) *D. l.* 9. *in princip. cod. hoc tit.*

(4) *D. l.* 19. *cod. de usur.*

(5) *L. Statu liber.* 5. *ff. de stat. liber.* (40. 7.), *Fab. cod. hoc tit. defin.* 5. *in princip.*

§. 205.

Sed non valet depositio, licet major quantitas deponatur, quam videatur deberi posse; prius enim debitum liquidum sit oportet, antequam vere, aut ficte per oblationem, et depositionem solvi possit (1); adeoque nec videri potest constitutus in mora accipiendi creditor, si nec dum constet, an aliquid ei debeatur (2). Sane fatentur omnes, pecuniam pro deposita haberi, si creditor, cum debitor paratum se ad deponendum exhiberet, dixerit se pecuniam pro obsignata, atque deposita habere

Inst. l. 3. tit. 3o. ff. l. 46. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 43.

(3); cum in hoc casu per debitorem non stet, quominus pecunia obsignetur, sed per creditorem (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. d. defin.* 5. *in med.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. defin.* 47.

(3) *V. Tom. IX.* §. 1165. *in fin. pag.* 299.

(4) *L. Jure civili* 24. *ff. de condit.*, *et demonstrat.* (35. 1.)

§. 206.

Praeterea, ut rata sit obsignatio, et depositio rei debitae, res ejus qualitatis deponenda est, quae debetur, atque in moneta proba, eaque talis probanda est, si creditor neget; alioquin non potest videri constitutus in mora accipiendi, quamdiu non constat, an legitimum sit depositum (1): atque hinc ulterius sequitur, pecuniam in saeculo clausam deponendam non statim esse, sed prius creditoris oculis subjiciendam, ut scire possit, an legitima quantitas, et qualitas deposita fuerit (2).

(1) *D. l. Obsignatione* 9. *cod. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 3o. *defin.* 54. *in princip.*

(2) *Fab. d. defin.* 54. *in med.*

§. 207.

Publice quoque deponi debet pecunia debita (1); vel apud acta judicis, vel apud eum, quem judex decreverit (2), seu apud actuarium Senatus (3). Non eadem ratio est depositorum, quae ex aliis caussis fiunt (4): vel mutuo partium consensu; quo casu conventio servanda est: quamquam tradit Faber, emptorem fundi dotalis, qui ex voluntate utriusque conjugis pretium deponere debuit apud certam personam, ut in alterius fundi redemptionem impenderetur, tutum esse, si ex voluntate mariti deponat penes alium aeque idoneum (5).

(1) *L. Qui mutuam* 56. §. 1. *ff. mandat.* (17. 1.)

(2) *L. Acceptam* 19. *cod. de usur.* (4. 32.)

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 3o. *defin.* 5o. *in princip.*

(4) *V. Reg. Constitut. lib.* 5. *tit.* 21. §. 1.

(5) *V. Fab. cod. hoc tit. d. def.* 5o.

§. 208.

Hinc depositum ex sola depositarii confessione non probatur, licet hic paratum se dicat ad solvendum creditori quandocumque petenti; nec creditori imputari potest, cur adversus depositarium in primis non egerit: facilis via fraudibus aperiretur, si ex privatis hisce depositis usurarum cursus sisteretur (1): atque sibi potius imputare debet reus, cur pecuniam debitam publice, et solemniter non deposuerit (§. praeced.): sane depositarius, ut obiter cum Fabro dicamus, licet deinceps succedat etiam titulo oneroso in jura debitoris, atque pecuniam interim otiosam retinuerit, non potest petere fructus rei, quam creditor pro pecunia restituere debuit (2); quia pecuniam retinere non debebat, qui fructus ex obligatione sperabat: ne alioquin et rem, et fructus simul consequatur contra aequitatem (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 3o. *def.* 17.

(2) *Fab. cod. hoc tit. def.* 20.

(3) *L. Bona fides* 5o. *ff. de act. empt.* (19. 1.)

§. 209.

Ad haec, pecunia deponi debet tempore, et loco opportunis: tempore quidem (1) opportuno: idest, ut aliqui interpretantur, cum dies creditoris gratia adjectus venerit (§. 198.); quia antea solutionem invitus non accipit: loco etiam opportuno; ita ut si Romae pecunia debeatur, ibi quoque, non Capuae, deponenda sit; cum nec alio in loco creditori invito solvi possit (2).

(1) *L. Si soluturus* 39. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Qui Romae* 122. *ff. de verbor. obligat.* (45. 1.)

§. 210.

Hisce praestitis, et creditori significatis (etenim depositum creditori significandum est, ut accipere possit, si velit (1)), debitor liberatur (nisi forte depositum sponte receperit, pro ut potest, donec probatum a creditore sit); etiamsi depositarii culpa perierit; quo casu creditor adversus depositarium agere debet (2): nisi deposita sit res debita apud alium, quam inter debitorem, et creditorem convenerat (3).

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 46. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 43.

(1) *Voet in ff. hoc tit. num. ult. in fine.*

(2) *D. l. Acceptam* 19. *cod. de usur.* (4. 32.)

(3) *L. Si soluturus* 39. *ff. hoc tit.*

Sectio III.

Quis sit solutionis effectus.

SUMMARIA.

Solutio debitorem, fidejussores, et pignora liberat. Quid si evincatur res in solutum data? §. 211.

Solutio probatur potissimum per testes, et per scripturam. An scriptura aliquando necessaria sit? §. 212.

Solutione accepta, reddendum est chirographum obligationis, atque tradenda apocha liberationis. §. 213.

Quid si chirographum amissum alleget creditor, adhibito jurejurando? §. 214.

Chirographum habens debitor liberatus non est, nisi probet sibi a creditore redditum fuisse: aliquando tamen probandi onus debitori incumbit. §. 215.

Solutum debitum facile praesumitur, si chirographum cancellatum reperiatur penes creditorem. §. 216.

Debitor chirographum habens facile condemnandus non est, ne provisionaliter quidem. §. 217., *et* 218.

Solvisse retro praesumitur annuam praestationem debitor, qui eam per tres annos praeteritos solverit, si de solutione per tres distinctas apochas constet. §. 219.

Quid si debitor confessus fuerit, se praeteritas praestationes non solvisse? §. 220.

Debitum per se non fatetur, qui allegat se solvisse. §. 221.

Debitor ex pluribus caussis potest statuere, in quam caussam solvat, dummodo in continenti statuat. §. 222.

Si debitor non constituerit, electio competit creditori, qui tamen ad aequitatis normam statuere debet. §. 223.

Solutio in usuras potius imputatur, si debitor ad eas solvendas cogi possit. Quare? §. 224., *et* 225.

Cum plura sunt aequalia, solutio in duriorem caussam facta praesumitur. §. 226.

Quibus modis durior caussa esse possit? §. 227., *et* 228.

Pecunia, cujus apocha scripta sit in chirographo, soluta praesumitur in extinctionem debiti chirographo contenti. §. 229.

Acceptilatione solvitur obligatio verbis contracta. §. 230.

§. 211.

Solutionis legitime praestitae effectus is est, ut debitor, fidejussores, et pignora liberentur (1), prout fert natura accessionum, nisi in aliam quoque caussam teneatur. Quod si res in solutum data in totum, vel pro parte evincatur, prior obligatio una cum suis accessionibus salva est, perinde ac si nihil solutum fuisset; quia creditor partem accepturus non fuisset (2): atque idem est, si ex duobus fundis in solutum

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 46. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 43.

datis unus evincatur (3): quod si quis fundum pluris aestimatum dolo in solutum dederit, quod deest, supplere tenetur (4).

(1) *Princip. institut. hoc tit.*

(2) *L. Etiam* 27., *l. Si quis aliam* 46. *in princip. ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 46. §. 1. *ff. hoc tit.*

(4) *D. l.* 46. §. *ult.*

§. 212.

Sed, ut solutio suos effectus pariat, probanda est, cum res facti sit (1): probatur autem confessione creditoris, jurejurando, testibus, et scriptura: cum de debito ex sola testium depositione constat, solutio quoque per duos testes recte probatur (2). Quod si debitum scriptura contineatur, distinguunt aliqui, an scriptura tantum ad probationem confecta sit, an pertineat ad substantiam actus; quia nempe contrahentes in scriptis omnino contrahere voluerint; ita ut in primo casu etiam duo testes sufficiant ad probandam solutionem, in altero apocha liberationis omnino necessaria sit, vel quinque testium depositio (3): atque de hoc secundo casu intelligunt Justinianum (4).

(1) *L. Ab ea parte* 5., *l. Quoties operae* 18. *ff. de probat.* (22. 3.)

(2) *L. Ubi numerus* 12. *ff. de testib.* (22. 5.), *junct. l. Nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) *Brunneman. ad l. Testium facilitatem* 18. *cod. de testib. num.* 3.

(4) *In d. l.* 18. *cod. de testib.* (4. 20.), *V. infra* §. 824.

§. 213.

Hinc, solutione accepta, non sufficit reddere chirographum, quo obligatio continetur, sed debitor juste petit a creditore, ut apocham liberationis, seu, ut ajunt pragmatici, *quitationem* in scriptis tradat; ita ut unum non sufficiat, sed utrumque praestandum sit a creditore, nimirum restitutio chirographi, et traditio apochae liberationis (1); creditoris enim nihil interest diversas habere solutionis probationes: quo adversus creditorem, vel creditoris haeredes se tueatur (2): proinde locum habet aequitatis regula, quae suadet, ne denegetur id, quod deneganti non nocet, alteri vero prodest (3). Quo fundamento censuit olim Senatus, quitationem generalem, seu apocham liberationis generalis administrationis peti posse; quae quidem ad cogitata tantum in genere extenditur (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *def.* 3. *in princ.*

(2) *L. Pecuniae* 14., *et l. seq. cod. hoc tit.*

(3) *L. In summa* 2. §. *Item Varus* 5. *ff. de aqu., et aqu. pluv. arcend.* (39. 3.)

(4) *Thes. dec.* 74. *num. ult.*

§. 214.

Exceptio quoad redditionem chirographi admittenda profecto esset, si chirographum amissum probaretur, prout solo creditoris jurejurando probari potest (1); nec enim cogendus est creditor, ut praestet, quod praestare non potest, aut ob id jure suo cadere aequum est; probationem debiti faciunt tabulae, non debitum ipsum; atque ex restitutione chirographi solum oritur tacitum pactum de non petendo (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *d. definit.* 3. *in fin.*, *et definit.* 23. *in princip.*

(2) *L. Labeo* 2. §. 1. *ff. de pactis* (2. 14.)

§. 215.

Quemadmodum ex amissione chirographi non prohibetur creditor uti jure suo, atque debitum persequi (§. praeced.); ita nec debitor omnino liberatus creditur ex eo solo, quod chirographum obligationis penes se habeat (1), sive cancellatum, sive non, eum pro arbitrio illud cancellare possit; nisi probet, sibi a creditore redditum fuisse; et quidem ea ratione redditum, quia solvit, idest solutionem aliunde probet, vel per duos testes, vel aliis indiciis (2). Non dubium sane, quominus ex possessione chirographi

solutionis praesumptio oriatur major, vel minor pro diversitate personarum (3); sed praesumptio haec contrariis probationibus elidi potest (4); quae probationes a creditore afferendae sunt, si debitor sit integrae aestimationis, nec ulla subsit suspicandi caussa (5); atque leviores admittuntur, si debitor sit domestica persona, quae chirographum facilius subripere potuerit.

Inst. l. 3. tit. 36. ff. l. 46. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 43.

(1) *D. l. Pecuniae* 14, *et seq. cod. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *def.* 1.

(2) *Fab. cod. hoc tit. d. def.* 1. *num.* 4., *et seqq.*

(3) *L. Si chirographum* 24. *ff. de probat.* (22. 3.)

(4) *L. Ab ea parte* 5. *princ.*, *et* §. 1. *ff. eod. tit.*

(5) *Fab. d. def.* 28. *num.* 13., *et seqq.*, *ubi quinque in hoc casu requirit*, *ut probetur*, *chirographum a creditore ipso debitori traditum fuisse.*

§. 216.

Facilius praesumitur solutum debitum, si chirographum cancellatum reperiatur penes creditorem (1); quia vix praesumi potest cancellatum ab alio, quam a creditore: aut alia ratione a creditore cancellatum, quam quia debitum solutum est; quamquam et hic praesumptio elidi potest contraria gravissima probatione (2).

(1) *L. Si chirographum* 24. *ff. de probat.* (22. 3.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *d. defin.* 28 *num.* 10., *et seqq. in corp.*

(2) *D. l.* 24. *ff. de probat.*

§. 217.

Caeterum, cum solutionis factae praesumptio sit pro debitore, qui chirographum obligationis habet (§. 215.), licet certa soluti debiti probatio inde non eruatur, non facile condemnandus est debitor ad solvendum, ne provisionaliter quidem, ut ajunt (1), quippecujus interest potius non solvere, quam solutum repetere: adeoque non antea condemnari debet, quam de debito per difinitivam sententiam judex pronunciaverit (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *d. defin.* 23. *num.* 4., *et seqq.*

(2) *Argum. l. penult. in fin. cod. si serv. exportand. ven.* (4. 55.)

§. 218.

Eodem praesumptionis pro debitore fundamento, placuit, debitorem, qui apochas liberationis profert ad probandam solutionem, licet de his dubitari possit, an imputari debeant in solutionem, de qua disceptatur, vel an totius debiti quantitati respondeant, immo et creditor instrumentum obligationis afferat, non prius definitiva, aut provisionali sententia ad solvendum condemnandum esse, quam docuerit creditor, quantum sibi debetur, si de eo in promptu constare possit, neque falsitatis exceptio adversus apochas objiciatur, aliave, quae longiorem moram allatura sit (1): etenim in dubio debitori potius favendum est (2), maxime cum id fieri potest sine magno creditoris incommodo: sed quia ex longiore mora grave damnum creditor pati potest, atque pro instrumento interim praesumendum est (3), cum quaestio longiorem moram desiderat, pro creditore habente instrumentum pro se pronunciandum est, ita tamen ut se restituturum repromittat, si forte rebus discussis ita judicari contigerit.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *definit.* 2.

(2) *L. Arianus ait* 47. *ff. de obligat.*, *et actionib.* (44. 7.)

(3) *L. Satis aperte* 2. *cod. ad leg. Cornel. de falsis* (9. 22.)

§. 219.

Praeter solutionis praesumptiones, de quibus hactenus diximus, alia est in jure probata: videlicet si quis annuam praestationem solverit per tres annos praeteritos, atque de ea solutione constet per tres apochas, retro solvisse praesumitur, donec contrarium probetur, saltem si de tribus distinctis integris solutionibus per tres distinctas apochas constet (1): nisi creditor in sua apocha de annorum superiorum reditibus haud solutis

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 46. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 43.

protestatus sit (2): idem de semestribus sentiendum, si singulis semestribus solutio fieri soleat (3).

(1) *L. penult. cod. de apoch. public.* (10. 22.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *def.* 32. *in princ.*, *Thesaur. decis.* 114. *num.* 4.

(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 14. *in princip.*

(3) *Voet d. num.* 14. *in med.*

§. 220.

Exceptio admittenda esset, si debitor sponte confessus fuisset, se praeteritas pensitationes adhuc debere; cum nulla melior, et certior probatio sit, quam quae elicitur per confessionem partis (1). Quare nec adversus hanc confessionem debitor restitui potest, si aliss laesionis probationes non habeat, quam quod omiserit exceptionem sibi competentem, seu praesumptionem factae solutionis (2); cum laesus videri nequeat, qui bonam fidem agnoscit (3): dummodo confessio nec per vim, nec per dolum extorta probetur; quae enim vi, dolove fiunt, rata non habentur. Ad haec solutio praesumitur ex diuturnitate temporis, maxime si creditor inops sit, et diligens in exigendo, debitor solvendo idoneus (4). Sed sola solutionis confessio facta a creditore absente parte plene non probat, nisi solutio allegetur, et per unum simul testem probetur (5), vel intra tempus a lege praefinitum retractata non fuerit, si coram debitore facta fuerit (6). Sane, qui accipiens quid etiam minimum, pro reliquo, vel pro residuo accipere ait, totum debitum solutum fuisse fatetur (7).

(1) *L. Generaliter* 13. *cod. de non numerat. pecun.* (4. 30.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *d. def.* 32. *in fin.*

(3) *L. Quoties* 9. §. *Sicut autem* 5. *ff. de administrat., et pericul. tutor.* (26. 7.)

(4) *L.* 1. §. *ult. ff. de aqu., et aqu. pluv. arc.* (39. 3.)

(5) *Fab. cod. de probat. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 62., *et* 66.

(6) *L. Si intra* 8. *cod. de non numerat. pecun.* (4. 30.)

(7) *L. Ex pluribus* 89. *ff. hoc tit.*

§. 221.

Sed fateturne debitum, qui allegat se solvisse? Negat Marcellus, juxta quem *non existimatur confiteri de intentione adversarius, quo cum agitur, quia exceptione utitur* (1); nec enim exceptionis allegatio vim confessionis per se habet; alioquin contra objicientis intentionem operaretur (2): dixi, per se; si enim alia concurrant indicia, puta si rursus solvat, qui prius se solvisse confessus est, condemnandus erit, nisi se non debere probet (3).

(1) *L. Non utique* 9. *ff. de exceptionib., praescriptionib. etc.* (44. 1.)

(2) *L. Non omnis* 19. *ff. de reb. cred.* (12. 1.)

(3) *Fab. cod. de probat. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 65.

§. 222.

Inquirendum superest, in quam caussam solutio imputetur, si is, qui solvit, ex pluribus caussis debitor sit. Atque hic imprimis debitori licet statuere, in quam caussam solvat (1); dummodo statim, idest vel ante solutionem, vel in ipso solutionis actu, vel modico post solutionem temporis spatio statuat; ita ut incontinenti electio facta dici possit (2); nec creditor potest electionem debitoris intervertere, si solutionem accipere velit (3).

(1) *L.* 1. *ff. hoc tit.*, *l.* 1. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Caeterum* 3. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Dum in re* 2. *ff. hoc tit.*

§. 223.

Quod si debitor non constituerit, electio competit creditori statuendi, in quam ex pluribus caussis accipiat (1), dummodo et incontinenti statuat (2); atque, prout scite

subjicit Ulpianus, *in id constituat solutum, in quod ipse, si deberet, esset soluturus; quoque debito se exoneraturus esset, si deberet, idest in id debitum, quod non est in controversia; aut in illud, quod pro alio quis fidejusserat, aut cujus dies nondum venerat; aequissimum enim visum est, creditorem ita agere rem debitoris, ut suam ageret* (3).

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 46. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 43.

(1) *D. l.* 1. *fer. in princip. ff. hoc tit.*, *d. l.* 1. *cod. hoc tit.*
(2) *D. l.* 1. *in fin. ff. hoc tit.*, *d. l.* 1. *cod. hoc tit.*
(3) *D. l.* 1. *fer. in princ. ff. hoc tit.*

§. 224.

Si nec debitor, nec creditor statim constituerint, in quam caussam solutio imputetur, distinguendum, an omnia debita principalia sint, an unum principale, aliud accessorium: si unum sit accessorium, nimirum debeantur usurae, in dubio id, quod solvitur, prius imputatur in usuras, deinde in sortem (1), si debitor ad usuras solvendas cogi possit (2): proinde si usurae ex judicato quidem debeantur, sed nondum taxatae sint, dilata, prout fieri solet, taxatione in executione judicati, solutio simpliciter facta non cedit in usuras, quae licet debitae sint, nondum tamen peti possunt, cum earum quantitas adhuc incerta sit (3). Idem dicendum tradit Faber, si facta usurarum taxatione, creditor pro solutione sortis persecutus sit executionem rei judicatae (4); cum enim solutio in dubio facta praesumatur in caussam graviorem, et antiquiorem (5), credendus est debitor in eam caussam solvisse, ex qua magis urgebatur.

(1) *D. l.* 1. *cod. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *def.* 31. *in princip.*
(2) *L. In his vero* 5. §. *Imperator* 2. *in fin. ff. hoc tit.*
(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *def.* 31. *in princip.*
(4) *Fab. cod. hoc tit. d. def.* 31. *in fin.*
(5) *L. Caeterum* 3., *l. In his vero* 5. *ff. hoc tit.*

§. 225.

Cur autem solutio potius in usuras, quam in sortem imputetur; cum tamen generali alia regula tradatur, solutionem in duriorem, et antiquiorem caussam factam judicari (§. praeced.), inde repetunt quidem interpretes, quod alioquin creditor grave dammum sentiret, usurarum commodum amittendo. Non desunt sane, qui moti tum allata regula, tum alia apud jureconsultos receptissima, ex qua in dubio debitori potius favendum est, quam creditori (1), solutionem in sortem potius imputandam credunt, quam in usuras, ut alibi diximus (2): sed juri Romano prior magis consentanea est, ideoque in foro passim recepta (§. praeced.)

(1) *L. Arianus ait* 47. *ff. de oblig.*, *et actionib.* (44. 7.)
(2) *V. Tom. IX.* §. 1158. *pag.* 298.

§. 226.

Cum plura sunt debita aeque principalia, solutio imputatur in illud, quod praesentem habet exactionem, seu ad quod tunc, cum solutio facta sit, praestandum debitor compelli poterat (1): si omnium solvendorum dies venerit, solutum intelligitur, quod antiquius est, modo omnia sint aeque gravia: alioquin solutio in graviorem, seu duriorem caussam facta praesumitur (2); ut ita debitor, quantum fieri potest, prout suadet aequitas, exoneretur (3).

(1) *L. Cum ex pluribus* 103. *ff. hoc tit.*
(2) *L. In his vero* 5. *in princip. ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 47. *ff. de obligat.*, *et act.* (44. 7.)

§. 227.

Durior autem, seu gravior caussa esse potest pluribus modis: puta quia fidejussor, aut pignus pro ea datum fuerit (1); vel famosa sit, idest periculum famae immineat, si debitum non solvatur (2): ex quo colligit Ulpianus, si quod ex caussa judicari debeatur, aliud ex alia caussa, solutum videri, quod ex caussa judicati debitum est (3): idem

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 46. tit. 3. Cod. l. 8. tit. 43.

dicendum si debeatur ex caussa, quae per inficiationem crescit, vel sub poena (4), aut sub usuris.

(1) *D. l. In his* 5. *in princ.*, *l. Cum ex pluribus* 97. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Si quid ex famosa* 7. *ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 7. *fer. in princ.*
(4) *D. l.* 7. *in med. ff. hoc tit.*

§. 228.

Hic autem ordo, si Papiniano credimus, a veteribus constitutus est, ut primum habeatur ratio ejus pecuniae, quae sub infamia debetur, tum ejus, quae poenam continet, vel usuras, cum hae poenae speciem habeant; tertio ejus, quae sub hypotheca, vel pignore contracta est; ex praesumpta videlicet debitoris solventis voluntate (1). Post hunc ordinem potior habetur propria, quam aliena caussa; ita ut si quis debeat tum proprio, tum fidejussorio nomine, proprio tamen nomine solvisse judicetur (2). Quod si omnia debita ejusdem diei sint, nec aliud alio gravius, ex omnibus summis pro rata portione solutum intelligitur (3).

(1) *D. l. Cum ex pluribus* 97. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 97., *l. Et magis* 4. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Illud non ineleganter* 8. *ff. hoc tit.*

§. 229.

Exceptionem allatae modo regulae habent, si argumentis, vel indiciis constet, debitorem ab iis recessisse: praesumptio probationi cedit (1); atque praesumptio fortior vincit infirmiorem (2). Hinc tradit Faber, pecuniam, cujus apocha, seu *quitatio* conscripta sit in chirographo, praesumi solutam in extinctionem debiti, quod chirographo continetur, tametsi pecunia ab alio, quam a debitore soluta fuerit (3), nisi probetur, per errorem id factum fuisse. Quod si integrum debitum rebus in solutum datis sublatum fuerit, quaeque res pro parte singulis caussis applicatur (4).

(1) *L. Si chirographum* 24. *ff. de probat.* (22. 3.)
(2) *L. Nesennius* 34. *ff. de negot. gest.* (3. 5.)
(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 30. *defin.* 34.
(4) *Argum.* §. *Si duorum* 27., *et seq. instit. de rer. division.* (2. 1.)

§. 230.

Acceptilatio alter est modus, quo apud Romanos obligatio verbis contracta dissolvebatur; vel aliae etiam obligationes, dummodo prius in stipulationem deductae fuissent (1): quam in rem amplissima formula a Gajo Aquilio confecta fuit (2). Sed, cum usu fori desierit necessitas, atque usus stipulationum; indeque inutilis sit acceptilatio, non arbitramur immorandum in exponendis veterum subtilitatibus, cum utiliora explicanda supersint. Quare progredimur ad novationem, et delegationem.

(1) §. 1. *instit. hoc tit.*
(2) §. *Est autem* 2. *instit. hoc tit.*

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 46. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 42.

CAPUT II.

De novationibus, et delegationibus.

Instit. lib. 3. tit. 30. *Quib. mod. tollit. obligat.*
Digest. lib. 46. tit. 2. } *De novat., et delegat.*
Cod. lib. 8. tit. 42. }

SUMMARIA.

Novatio alia necessaria, alia voluntaria. §. 231.

Novatio voluntaria alia dicitur novatio in specie, alia delegatio. §. 232.

Quae sint de novatione expendenda? §. 233.

Novare possunt etiam pupilli: procuratores quoque, si speciale, vel generale cum libera mandatum habeantur. §. 234.

Debitum omne, etiam naturale, in diem; vel sub conditione novari potest. §. 235.

Novatio etiam ex indiciis, dummodo gravis momenti, atque praesumptionibus induci potest. §. 236.

Novatio tacite facta intelligitur, si posterior obligatio consistere nequeat cum priore. §. 237.

Transactione inducitur novatio priorum obligationum, de quibus transactum fuit §. 238.

Novatio non inducitur per solam poenae stipulationem priori obligationi adjectam. §. 239.

Nec per adjectionem usurarum inducitur novatio. §. 240.

Temporis prorogatio novationem non inducit: ideoque nec fidejussores, nec pignora liberantur. §. 241.

An novatio contingat, si inter creditorem, et debitorem conveniat de danda in solutum alia re pro ea, quae ab initio soluta fuit? §. 242.

Novatio contingere potest, licet contrahentes expresse professi fuerint, se novare nolle. §. 243.

Novatio non contingit, si posterior obligatio irrita sit. Quid si mixta obligatio in naturalem transferatur? §. 244.

Quid si obligatio pura transferatur in conditionalem, atque deficiat conditio; vel perierit res prius promissa, cum conditio existit? §. 245.

Novatione perimitur prior obligatio una cum accessionibus; nisi repetita sint. §. 246.

Mora per novationem purgatur; ita ut res stipulatori pereat. §. 247.

Novatio necessaria non perimit primaeva actoris jura, nec prioris obligationis accessiones. §. 248.

Delegatio requirit mandatum ex parte primi debitoris, et stipulationem ex parte secundi creditoris. §. 249., et 250.

Quid si Titius mandet Maevio debitori suo, ut solvat Sempronio, atque hic stipulatus sit a Maevio sibi solvi, sed periculo Titii? §. 251.

Delegatio improprie contingit, cum mandatur solutio ei, qui debitor non est: vel debitori, ut solvat illi, cui mandans nihil debet. §. 252.

Delegatione, dummodo in solutum, non in pignus facta, perimitur prior obligatio. §. 253.

Primus debitor, delegatione legitime facta, liberatur, licet debitor delegatus inops sit, nec solvendo idoneus: nisi dolus intercesserit, vel aliud actum sit. §. 254., et 255.

Delegatione liberantur pignora, et fidejussores; atque etiam mora purgatur. §. 256., et 257.

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 46. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 42.

An monetae augmentum debeatur post delegationem? §. 258., *et* 259.

Monetae augmentum debetur Titio, qui ante illud Maevium debitorem suum creditori ad certam summam delegaverit. §. 260.

An secundo creditori objici possint exceptiones, quibus debitor uti potuisset adversus primum creditorem delegantem, puta doli, Macedoniani, Vellejani, vel minoris aetatis? §. 261., *et* 262.

Delegatio non omnes habet solutionis effectus. §. 263.

§. 231.

Novatio, si lato sensu accipiatur, dividi potest in necessariam, et voluntariam (1). Necessaria est illa, quae fit per sententiam judicis, immo et per solam litis contestationem (2); quia in judicio quasi contrahi videtur (3). Voluntaria dicitur, quae fit ex libera contrahentium voluntate: atque definiri solet, prioris obligationis in aliam translatio; dicta nempe novatio est a nova obligatione, quae contrahitur, seu in quam vetus obligatio transfertur (4).

(1) *L. Aliam caussam* 29. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Delegare* 11. §. 1. *ff. hoc tit. l. Licet tamen* 3. §. *Idem scribit* 11. *ff. de pecul.* (15. 1.)

(3) *D. l.* 3. §. 11. *in fin.*

(4) *L.* 1. *in princ. ff. hoc tit.*

§. 232.

Novatio voluntaria iterum duplex est; quarum una novatio in specie, altera delegatio appellatur. Prima contingit, cum obligatio nova fit inter easdem personas; olim quidem interposita stipulatione (1); hodie vero ex usu fori etiam solo pacto, cum moribus hodiernis eadem sit pactorum, ac stipulationum vis (2). Delegatio est translatio prioris obligationis in aliam, interveniente nova persona; cum nempe debitor alium vice sua creditori dat, qui debitum solvat (3).

(1) §. *Praeterea* 3. *in med. institut. hoc tit.*

(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 2. *in fin. post alios passim.*

(3) *D.* §. *Praeterea* 3. *in princip. instit. hoc tit.*, *l. Delegare* 11. *ff. hoc tit.*

§. 233.

De novatione haec sunt expendenda. 1. Quibus novare permittatur. 2. Quae debita novari possint. 3. Quibus modis novatio fiat. 4. Qui sint novationis effectus. 5, et postremo paucis agemus de delegatione, seu explicabimus, quae speciatim delegationi conveniunt.

§. 234.

Novare possunt non tantum majores, sed etiam minores, imo et pupilli, quoties naturaliter, et civiliter obligati sunt; utpotequia obligatio per novationem assumpta a pupillo naturalis tantum est (1); adeoque novando meliorem efficiunt conditionem suam, quod licet (2): idem est de prodigo, cui bonis interdictum sit (3): sed si pupilli alios sibi obligatos habeant, novare nequeunt sine tutoris auctoritate, qua interveniente, si novatio utilis sit pupillis, a legibus probatur (4). Procuratoribus, dummodo vel speciale, vel generale cum libera administrandi potestate mandatum habent, novare licet (5).

(1) *L.* 1. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) §. *Pupillus* 9. *instit. de inutilibus stipulat.* (3. 20.)

(3) *L. Cui bonis* 3. *ff. hoc tit.*

(4) *L. Novare* 20. §. 1. *ff. hoc tit.*

(5) *D. l.* 20. §. 1. *in fin.*

§. 235.

Novari generatim potest debitum omne, cujuscumque speciei sit, sive mixtum, sive naturale tantum, sive ex contractu, quasi contractu, sive ex maleficio, vel quasi ma-

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 46. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 42.

leficio descendat (1). Obligatio in diem recte novatur, sed antea agi non potest, quam dies venerit (2): nec non conditionalis; quae tamen vires non exerit, nisi veniente conditione: cum enim incertum sit, an conditio existat, nec ne, atque novatio praeviam obligationem desideret (§. 231.), prius nasci non potest nova, quam vetus (3).

(1) *L. Omnes res 2. ff. hoc tit.*

(2) *L. In diem 5. ff. hoc tit.*

(3) *L. Si Stichum 8. §. 1., l. Quoties 14. §. 1. ff. hoc tit.*

§. 236.

Novatio, si jus vetus inspiciamus, quod tamen alicubi interpolatum est (1), indiciis etiam, et praesumptionibus induci poterat; sed Justinianus decrevit, ne unquam novatio intervenire judicetur, nisi hoc expressum sit (2): quae tamen constitutio moribus plerarumque gentium recepta non est (3): nisi forte malis, Justinianum solas conjecturas legis, non voluntatis improbasse in novatione inducenda, prout colligi potest ex illis verbis, *voluntate solum, non lege novandum esse* (4). Sane nulla afferri potest conveniens ratio cur in novatione recedendum sit a naturalis juris regulis, civili jure probatis, quibus constat, taciti eamdem vim esse, ac expressi (5); atque expressum haberi, quod ex verbis necessario colligitur (6).

(1) *Nempe in l. Si rem 31. §. 1. in med. ff. hoc tit., l. Qui usumfructum 58. in fin. ff. de verbor. obligat.* (45. 1.)

(2) *§. penult. in fine instit. hoc tit, l. ult. cod. hoc tit.*

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 29. def. 11., et 12., Voet in ff. hoc tit. num. 3. post alios quamplures.*

(4) *D. l. ult. prop. fin cod. hoc tit.*

(5) *L. Cum quid mutuum 3. ff. de reb. credit.* (12. 1.), *l. Soluto 2. §. ult. ff. solut. matrimon.* (24. 3.)

(6) *L. Ait praetor 5. §. 1., l. In sententiis 59. ff. de re judicat.* (42. 1.)

§. 237.

Hinc novationem factam dicemus, licet expressa hoc actum non sit, si posterior obligatio cum priore consistere non possit, cum verba contrahentium ita, quoad fieri potest, interpretanda sint, ut aliquid operentur (1). Eodem fundamento placuit, factam esse novationem, cum apparet actum fuisse de liberando debitore, licet specialiter actum non fuerit de novando: puta si creditor hisce verbis usus sit: *libero te ab omni eo, quod ex tali instrumento, et judicato debes, mediante hac obligatione* (2): adeoque debitor ex priori obligatione conveniri non potest, nisi expresse convenerit, ut prior obligatio reviviscat, si statuta die posteriori obligationi satisfactum non fuerit (3).

(1) *L. Si stipulatus 4. ff. de usuris* (22. 1.), *l. Si quando 109. ff. de legat. 1.* (30. 1.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 29. def. 11. in princ.*

(3) *Fab. d. def. 11. in fin.*

§. 238.

Transactione quoque inducitur novatio priorum obligationum, de quibus transactum fuit (1); etenim, interposita transactione, dubitari non potest, quin id actum sit, ut a prioribus juribus recederetur; atque dumtaxat ratio haberetur ejus, quod transactione certius factum fuit (2). Hinc censuit Senatus Sabaudus, transactione facta cum haerede a filia, cui pater certam nummorum quantitatem pro legitima reliquerat, atque cum, imminuta post mortem patris aestimatione, convenisset, ut idem numerus librarum, quem pater expresserat, filiae solveretur, censuit, inquam, Senatus, nummos solvendos esse in ea aestimatione, quae fuerat tempore transactionis, cum, seposita transactione, tempus mortis, aut testamenti inspiciendum fuisset (3), ut alibi diximus (4).

(1) *L. Cum, mota 6. cod. de transact.* (2. 4.), *Fab. cod. eod. tit. lib. 2. tit. 4. def. 2. in princ.*

Inst. l. 3. tit 30. ff l. 46. tit 2. Cod. l. 8. tit 42.

(2) *L. Cum te proponas* 2., *l. De fideicommisso* 11., *l. Sub praetextu* 19. *cod. eod. tit. de transact.*

(3) *Fab. cod. d. def.* 2. *num.* 6., *et seqq.*, *et cod. hoc titul. lib.* 8. *tit.* 29. *def.* 6.

(4) *V. Tom. IX.* §. 933. *pag.* 238.

§. 239.

Non tamen inducitur novatio per solam poenae stipulationem, priori obligationi adjectam; tum quia poena adjicitur, non ut infirmetur obligatio, sed ut tutior fiat creditor; adeoque novationem inducere non debet (1); tum quia in potestate creditoris est adjectam poenam non petere, sed id tantum, quod obligatione continetur (2). Nec his contrarius est Paulus; eatenus enim *quasi novationem* fieri tradit (3), quatenus creditor simul petere non potest rem in obligatione positam, atque id, quod stipulatus est, in eo casu, quo promissa navis non fieret.

(1) *L. Non omnis* 19. *ff. de rebus cred.* (12. 1.)

(2) *L. Qui Romae* 122. §. *Flavius Hermes* 2. *ff. de verbor. oblig.* (45. 1.)

(3) *L. Obligationem* 44. §. *ult. ff. de obligat.*, *et actionib.* (44. 7.)

§. 240.

Idem dicendum de adjectione usurarum; videlicet non contingere novationem, licet debito, quod prius usurarium non erat, usurae ex conventione adjectae fuerint; vel de gravioribus, quam initio solverentur, deinceps convenerit (1); etenim adjectio usurarum substantiam obligationis non afficit; cum pro contrahentium arbitrio obligationi adjici, vel detrahi possit (2). Atque hinc nec fidejussores, nec pignora pro priore obligatione devincta liberantur; sed nec tenentur pro usuris, de quibus actum non est: quod maxime locum habet in fidejussoribus, quorum conditio singulari favore digna est.

(1) *Argum. l. Qui nominibus* 44. §. 1. *ff. de administrat.*, *et pericul. tutor.* (26. 7.)

(2) *L. Centum Capuae* 8. *ff. de eo*, *quod certo loco* (13. 4.)

§. 241.

Neque etiam prioris obligationis novatio fit, licet creditor tempus debitori prorogaverit, seu longiorem, quam initio convenerat, solvendi moram indulserit; quia nec solvendi longius, vel brevius tempus ad substantiam obligationis pertinet (§. praeced.): ex quo sequitur, nec liberari fidejussorem, nisi hic speciatim pro certo dumtaxat tempore se obligaverit, ut alibi diximus (1): atque adjecimus, litteras moratorias debitori a Principe concessas prodesse fidejussori, ne intra id tempus conveniri possit, nisi speciatim renunciaverit beneficio ordinis, seu excussionis, atque se principalem debitorem constituerit (2).

(1) *V. Tom. X.* §. 657., *et* 658. *pag.* 156.

(2) *Ibid.* §. 661. *pag.* 157.

§. 242.

Difficilior videtur quaestio, utrum novatio contingat in eo casu, quo inter creditorem, et debitorem conveniat de alia re in solutum danda pro ea, quae ab initio soluta fuerat. Quidam negant novationem fieri (1); moti rescripto Imperatorum, quo tradunt, contractum emptionis permanere, licet pretii loco pecora in solutum consentienti creditori data fuerint (2): atque alibi diximus, emptionem non abire in permutationem, licet, postquam initio de rei pretio convenit, deinceps mutuo consensu res pro pecunia detur (3).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. num.* 5.

(2) *L. Pretii caussa* 9. *cod. de rescindend. vendit.* (4. 44.)

(3) *V. Tom. X.* §. 747. *pag.* 177.

§. 243.

Novationem non fieri, si contrahentes expresse protestentur se novare nolle, plerique tradunt (1); quia tamen ex trito axiomate protestatio contra factum non prodest,

idcirco, si vere appareat, antiquam obligationem extinctam fuisse, ut nova contrahe- Inst. l. 3.
retur, vix est, ut protestatio haec nocere debeat fidejussoribus primae obligationis: tit. 30.
maxime cum fidejussio stricti juris sit; nec de casu ad casum extendatur (2); nec in ff. l. 46.
potestate creditoris, aut debitoris est fidejussoris conditionem deteriorem facere, aut tit. 2.
immutare (3). Cod. l. 8. tit. 42.

(1) *Voet in ff. hoc tit. num. 7. post alios.*
(2) *D. Tom. X. §. 515., et seqq. pag. 123.*
(3) *L. Non debet 74. ff. de reg. jur. (50. 17.)*

§. 244.

Potius recipiendum, quod ait Pomponius, novationem non contingere, si posterior obligatio nulla, et irrita sit (1); ita enim fert novationis natura, quae exigit, ut vetus obligatio in novam transferatur (§. 231.). Attamen novatio subsistit, licet obligatio mixta, seu naturalis, et civilis simul, transferatur in obligationem mere naturalem, prout contingit in pupillo novante (§. 234.): quo sensu dixit Justinianus, fieri novationem, licet posterior obligatio inutilis sit (2), videlicet quoad civiles effectus.

(1) *L. Novatio 24. ff. hoc tit.*
(2) *§. Praeterea 3. institut. hoc tit.*

§. 245.

Hinc, si obligatio pura novandi animo transferatur in conditionalem, atque conditio deficiat, novatio non fit; quippequae nonnisi existente conditione fieri potuit (1). Quinimmo, si Ulpiano credimus, nec contingit novatio purae obligationis in conditionalem, licet conditio extiterit, si tempore existentis conditionis non amplius extet res, quae prius promissa fuerat (2); quia posterior conditionalis stipulatio ob interitum rei exitum habere non possit; adeoque nec prior unquam extincta intelligitur.

(1) *L. Quoties 14. ff. hoc tit.*
(2) *D. l. 14. in princip.*

§. 246.

Cum quaeritur de novationis effectibus, distinguenda est novatio voluntaria a necessaria, seu quae fit per litis contestationem. Effectus novationis voluntariae praecipuus est, quod prior obligatio extinguitur, quamvis rei judicatae potestate nata esset (1): perempta autem principali obligatione, illius quoque accessiones pereunt, veluti pignora, fidejussiones, usurae (2), et poena (3): nisi fidejussio, vel hypotheca repetita fuerit (4): repetita autem hypotheca retinet praerogativam temporis, quo primum constituta fuit (5); privilegia quoque prioris caussae, puta dotis, tutelae, cessant, si prior obligatio novetur (6).

(1) *L. Si caussam 2. cod. de execut. rei judicat. (7. 53.)*
(2) *L. Novatione 18. ff. hoc tit.*
(3) *L. Si creditor 15. ff. hoc tit.*
(4) *L. Novatione 4. cod. de fidejussorib. (8. 41.), l. Solutum 11. §. 1. ff. de pignorib. (20. 1.)*
(5) *L. Creditor acceptis 3., l. Creditor qui 12. §. Papinianus 5. ff. qui potior. in pign. (20. 4.)*
(6) *L. Aliam caussam 29. ff. hoc tit.*

§. 247.

Postremo per novationem purgatur mora, ita ut res stipulatori pereat post novationem (1); tametsi posterior obligatio conditionalis sit, atque res perierit ante conditionis eventum, prout docet Ulpianus (2), ex quo explicandus est Venulejus (3).

(1) *L. Si Stichum 8. ff. hoc tit.*
(2) *D. l. 14. ff. hoc tit., junct. l. Qui decem 72. §. 1. ff. de solution. (46. 3.)*
(3) *L. Si rem 31. ff. hoc tit.*

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 46. tit. 2 Cod. l. 8. tit. 42.

§. 248.

Non iidem omnino sunt necessariae novationis effectus; cum enim a lege inducatur, quae prospicere vult actori, qui rem suam persequendo meliorem, non deteriorem facere vult conditionem suam (1), aequum est, ut primaeva jura actor retineat: atque hinc nec pereunt privilegia caussae annexa (2); nec liberantur pignora, aut fidejussores (3), nec sistitur cursus usurarum (4): immo actiones tempore periturae litis contestatione perpetuae fiunt, atque ad haeredes transeunt (5); atque monetae augmentum, quod prius contigerat, adhuc debetur (6).

(1) *L. Non solet* 86., *et l. seq. ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *L. Aliam caussam* 29. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Solutum* 11. *princip.*, *et* §. 1. *ff. de pignorat. action.* (13. 7.)

(4) *L. Lite contestata* 35. *ff. de usur.* (22. 1.)

(5) *L.* 1. *cod. hoc tit.*, *l. Si quis absente* 22. *ff. hoc tit.*

(6) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 29. *defin.* 6. *num.* 4., *et seqq.*

§. 249.

Hactenus de novatione in specie. Delegatio iisdem regulis regitur, ac novatio in specie, quoad utriusque indoles patitur. Sed imprimis, cum in delegatione tres omnino personae sint, nempe primus debitor Titius, qui Maevium suum debitorem delegat, et creditor Sempronius, cui Maevius secundus debitor mandatu Titii, qui debitor est Sempronii, sed creditor Maevii, solvere tenetur, omnium consensus necessarius est: adeoque ad delegationem requiritur mandatum ex parte primi debitoris, et stipulatio ex parte creditoris Sempronii cum Maevio secundo debitore (1).

(1) *L.* 1., *Nec creditoris* 6. *cod. hoc tit.*

§. 250.

Defectu mandati delegatio non est, adeoque prior obligatio non dissolvitur, si Sempronius stipuletur a Maevio, quod Titius ipsi debet, nec Titius ratum habeat (1). Defectu stipulationis inter mandatarium, et creditorem mandantis delegatio non est, licet Titius mandet Maevio debitori suo, ut Sempronio solvat, isque solverit (2): nec si Titius actiones suas adversus Maevium Sempronio cesserit, prout invito etiam Maevio cedere potest (3).

(1) *D. l.* 22. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 29. *defin.* 7. *in princip.*

(2) *Argum. l. Si debitorem* 21. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. defin.* 1.

(3) *D. l.* 1. *in fin. cod. hoc tit.*

§. 251.

Immo nec vera delegatio est, si Titius mandet Maevio debitori suo, ut Sempronio solvat, atque Sempronius a Maevio stipulatus sit sibi solvi, sed periculo Titii; cum enim Sempronius exigere possit a Titio, quod a Maevio consequi fortasse non poterit, ideoque Titius statim liberatus non sit (1), non contingit novatio, seu prioris obligationis in aliam traslatio (§. 231., et 232.). Sane, qui expromissorem dat, ipso jure liberatur, adeoque vera delegatio intervenit (2): sicut et in eo casu, quo Titius accepto ferat Maevio, quod sibi debet, et vicissim Sempronius accepto ferat Titio, quod ipsi debitum erat (3).

(1) *L. Si mandatu* 45. §. *penult. ff. mandat.* (17. 1.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 29. *defin.* 3. *in med.*, *l. Si quis accepto* 4. *ff. de condict. causs. dat. etc.* (12. 4.)

(3) *Fab. cod. hoc tit. def.* 12.

§. 252.

Caeterum, si delegatio lato sensu sumatur, nihil impedit, quominus eadem intervenisse dicatur, licet mandatum fuerit, ut solvat creditori is, qui delegantis debitor non est (1), vel debitor solvere jubeatur illi, cui mandans nihil debet, sed vel do-

nare vult, vel mutuam pecuniam commodare. Sed in hisce casibus nulla, ut patet, novatio fit; cum in primo nulla sit prior obligatio, quae in aliam transferatur: in postremo obligatio prima utique est, non tamen posterior; adeoque improprie tantum delegatio dici potest.

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 46. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 42.

(1) *L. Si pater* 5. *cod. hoc tit.*

§. 253.

Delegatione, non secus ac novatione (§. 246.), perimitur prior obligatio (1), si modo delegatio in solutum, non in pignus facta fuerit; puta, si debitor, cum creditor suspectas haberet illius facultates, quo magis ipsi cautum esset, tradiderit chirographum nominis Titiani, quo continebatur tantumdem illi Titium debere, facta etiam potestate creditori, Titium eo nomine conveniendi, et mandatis actionibus (2); quia nominis cessio solo pignoris jure facta est; nec creditor, licet adversus Titium agere possit, agere cogitur; ex quo sequitur, posse creditorem a debitore suum persequi, licet adversus Titium agere jam coeperit; cum actio personalis non amittatur ob id, quod creditor agere coeperit hypothecaria (3).

(1) *L. Si delegatio* 3. *cod. hoc tit.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 29. *def.* 9. *in princ.*

(3) *L. Est in arbitrio* 14. *cod. de obligat., et actionib.* (4. 10.), *Fab. d. def.* 9. *in fin.*

§. 254.

Porro primus debitor per delegationem legitime factam liberatur, licet debitor delegatus inops sit, nec solvendo idoneus (1); sibi imputet creditor, qui debitorem delegatum temere admisit (2). Aliud profecto dicendum, si delegatus ad solvendum debitor vere non sit; praestare debitorem tenetur, qui eum delegat (3): vel si delegans dolo malo substituerit eum, quem minime solvendo esse sciebat (4); cum dolus nemini prodesse debeat (5). Sane minorem adversus damnosam delegationem restitui, apud omnes constat (6).

(1) *L. Si delegatio* 3. *in fin. cod. hoc tit.*, *Fab. cod. de condiction. ob causs. dator. lib.* 4. *tit.* 5. *defin.* 1. *in fin.*

(2) *L. Inter caussas* 26. §. *Abesse* 2. *ff. mandat.* (17. 1.)

(3) *L. Si nomen* 4. *ff. de haeredit., vel action. vendit.* (18. 4.), *Fab. d. def.* 1. *allegat. ult.*

(4) *L. Si quis adfirmavit* 9. §. 1. *ff. de dol. mal.* (4. 3.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 29. *defin.* 2. *num.* 7., *et seqq.*

(5) *L. Non fraudantur* 134. §. 1. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(6) *L. Patri* 27. §. *penult. ff. d. minorib.* (4. 4.), *Fab. cod. hoc tit. d. def.* 2. *num.* 5.

§. 255.

Alia quoque exceptio admittenda est, atque debitor vi pristinae obligationis tenetur ad solvendum, quod creditor consequi non potuerit a debitore delegato, si ita speciatim convenerit, idest si tum facti, tum juris evictionem promiserit delegans (1). Quo tamen casu prior obligatio, si proprie loquamur, non reviviscit, sed sola competit creditori actio de evictione (2), nisi aliud inter contrahentes actum sit; etenim obligatio semel perpetuo extincta nonnisi ex nova caussa rursus nasci potest (3).

(1) *L. Si nomen* 4. *ff. de haeredit., vel action. vendit.* (18. 4.)

(2) *Fab. cod. de solutionib. lib.* 8. *tit.* 30. *def.* 58.

(3) *L. Qui res suas* 98. §. *Aream* 8. *ff. de solut.* (46. 3.)

§. 256.

Perempta per delegationem principali obligatione, pignora quoque, et fidejussores liberantur (1), prout fert accessionum natura (2): cum delegatio loco solutionis sit (3); eaque eosdem pariat effectus, ac novatio, per quam accessiones liberantur (4); nisi speciali conventione creditor jura haec sibi reservaverit (5).

Inst. l. 3. tit. 30, ff. l. 46. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 42.

(1) *Fab. cod. qui potior. in pign. lib.* 8. *tit.* 8. *defin.* 19., *et* 24.
(2) *L. Nihil dolo* 129., *l. Cum principalis* 178. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(3) *L. Delegare* 11. *ff. hoc tit.*, *l. Ex contractu* 2., *et l. seq. cod hoc tit.*
(4) *L. Novatione* 18. *ff. hoc tit.*
(5) *Fab. d. definit.* 24. *num.* 7., *et seqq.*

§. 257.

Quemadmodum per novationem in specie purgatur mora, licet posterior obligatio conditionalis sit, atque res perierit ante conditionis eventum (§. 247.); ita et affirmandum videtur de delegatione (1), quae caeteros novationis effectus habet (§. praeced.). Neque his obstat Julianus (2); quippequi non agit de delegatione, sed de duobus reis promittendi, quorum unus pure, alter sub conditione promiserit (3).

(1) *Argum. l. Quoties* 14. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Eum, qui ita* 56. §. *ult. ff. de verbor. obligat.* (45. 1.)
(3) §. *ult. instit. de duobus reis* (3. 17.)

§. 258.

Difficilior est quaestio de augmento monetae. Atque hic imprimis tradit Faber, facta post monetae immutationem, seu, ut, ajunt pragmatici, deteriorationem, delegatione certae quantitatis, ita ut debitor sit omnino liberatus a priore creditore, nullum deberi monetae augmentum, nec veteri, nec novo creditori (1); sicuti nec deberetur, si consentienti creditori sine augmento monetae solutum fuisset, cum delegatio, ut toties diximus, vim solutionis habeat, ejusque loco sit (2): adeoque antiquus creditor post extinctam obligationem monetae augmentum nullo jure petit, nec novus creditor, qui jus suum a primo metitur melioris conditionis est (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 29. *def.* 5.
(2) *D. l. Ex contractu* 2., *et seq. cod. hoc tit.*, *d. l. Delegare* 11. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Qui in jus* 177. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 259.

Sane, si primo creditori, non proprio, sed administratorio nomine debitum fuisset, puta rectori ecclesiae, cum hic deteriorem ecclesiae conditionem facere non possit, successori remissio augmenti monetae non nocet (1), isque agere poterit adversus novum debitorem (2), qui alterius obligationem suscepit, forte sperans futurum, ut aureorum, qui in obligatione prima erant, valor decresceret; atque ita lucrum ipse sentiret. Quare ipsi obstat juris regula, quae non patitur, ut audiatur, qui id petit, cujus contrarium in contrario eventu postulaturus non fuisset (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 29. *def.* 7.
(2) *Fab. cod. hoc tit. def.* 8.
(3) *L. penult. cod. de solut.* (8. 43.), *l. De fideicommisso* 11. *cod. de transact.* (2. 4.)

§. 260.

Diximus, facta delegatione certae quantitatis, ita ut debitor a primo creditore omnino liberatus sit, nullum deberi monetae augmentum, nec novo, immo nec veteri creditori, si delegatio facta fuerit post monetae immutationem (§. 258.): quod si ante eam Titius Maevium debitorem suum Sempronio creditori delegaverit ad certam summam, augmentum monetae adhuc Titio debetur (1); nec enim videri potest illi renunciasse, nisi expresse id actum appareat; cum monetae augmentum potius tamquam debiti pars, quam accessio consideretur. Atque hinc ulterius, si Sempronius illud sibi cessum contendat, probare debet, hanc fuisse cedentis, seu delegantis Titii voluntatem (2); cum adversus Titium vigeat praesumptio (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 29. *defin.* 4.
(2) *Fab. d. definit.* 4. *num.* 4., *et seqq.*
(3) *L. Ab ea parte* 5., *princip. et* §. 1., *l. Quoties operae* 18. *ff. de probat.* (22. 3.)

Inst. l. 3. tit. 3o. ff. l. 16. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 31.

§. 261.

Cum delegatio priorem obligationem perimat (§. 253.), inde infert Paulus, secundo creditori objici non posse exceptiones, quibus debitor uti potuisset adversus primum creditorem delegantem, puta doli, vel Senatusconsulti Macedoniani, et similes; quia nec doli reus est secundus creditor ex prioris fraude, nec aliquid fit adversus Senatusconsultum Macedonianum in delegatione (1); *ideo autem*, subjicit jureconsultus, *denegantur exceptiones adversus secundum creditorem, quia in privatis contractibus, et pactionibus, non facile scire peritor potest, quid inter eum, qui delegatus est, et debitorem actum est; aut etiam, si sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur* (2). Sibi imputet debitor, qui delegationi consensit, et sponte alteri creditori se subjecit.

(1) *L. Doli exceptio* 19. *in princip. ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 19. *prop. fin. ff. hoc tit.*

§. 262.

Quaedam tamen sunt exceptiones, quae debitori adversus creditorem posteriorem salvae sunt, puta Senatusconsulti Vellejani; quia mulier, quae prius in fraudem hujus Senatusconsulti pro alio se obligavit, delegans alterum, ut pro ipsa solvat, rursus intercedere videtur (1); idem est de minore, qui infra legitimam aetatem adhuc constitutus deleget; quia et ipsi favet aetatis imbecillitas: sed *si* major factus deleget, adversus delegationem utique ei non succurretur, sed ex caussa laesionis restitui poterit adversus primam obligationem in minori aetate susceptam (2). Sane si pecuniam non deleganti, sed alteri deberi postea constet, creditor delegatus nihil consequitur (3).

(1) *D. l. Doli exceptio* 19. *fer. in med. ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 19. *post med. ff. hoc tit.*
(3) *Thes. lib.* 3. *quaest.* 111. *num. ult.* ✠

§. 263.

Caeterum, *etsi* delegatio loco solutionis esse soleat, aliquando tamen minorem vim habet. Fingamus, a Maevio debitore Titii, cuique omnia bona Maevii obligata sunt, Sempronium debitorem suum delegatum fuisse alii posteriori creditori; atque Titium, antequam Sempronius debitor delegatus solveret, hypothecaria actione in Sempronii nomen egisse: Titius praeferendus est creditori posteriori (1), ex jure communi pignorum, juxta quod prior tempore potior est jure (2). Nec facta delegatio nocet Titio, sicut noceret solutio; quia nimirum per solutionem perimitur nomen, non vero per delegationem, qua mutatur tantum persona creditoris, quae mutatio priori creditori nocere non debet.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 29. *defin.* 10. *in princ.*
(2) *L. Potior est* 11. *ff. qui potior. in pign.* (20. 4.)

CAPUT III.

De compensationibus.

Instit. lib. 3. tit. 30. *Quib. mod. toll. obligat.*
Digest. lib. 16. tit. 2. } *De compensationib.*
Cod. lib. 4. tit. 31. }

SUMMARIA.

Compensatio est debiti, et crediti inter se contributio. §. 264.
Cujusque magis interest non solvere, quam solutum repetere. §. 265.
Quae de compensatione sint investiganda? §. 266.

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 16. tit. 2. Cod l. 4. tit. 31.

Debita omnia, quacumque profluant ex caussa, compensationem admittunt. § 267.

Compensatio vires exerit tum in realibus, tum in personalibus actionibus. An etiam in delictis? § 268.

An debitum in una moneta compensari possit cum debito ex alia moneta? § 269.

Compensatio objici non potest in alimentis; utique vero in legitima. Quid de stipendiis Clericorum, et decimis? § 270.

Rerum etiam in diversis judiciis inter eosdem judicatarum compensatio objici potest. § 271.

Compensari non potest, quod in aliam summam imputandum est. § 272., *et* 273.

Litis sumptuum compensatio fit, licet condemnatus a sententia appellaverit. § 274.

Quod certo loco debetur, compensari potest cum eo, quod sine loci adjectione praestandum est. Quid si uni debito jusjurandum adjectum fuerit? Quid de fratribus peculium adventitium habentibus, qui vivo patre impenderint? § 275.

Debita certo tempore solvenda compensantur cum debitis continuam exactionem habentibus. Quid de censu? § 276.

Depositum, caussae momentaneae possessionis, exactio tributorum, et vectigalium compensationem non recipiunt. § 277.

Venditiones publice factae compensationem admittere possunt. § 278.

Debitum naturale compensari potest cum mixto: sed nulla est civilis debiti compensatio. § 279.

Compensari non potest, quod alteri debetur. § 280.

Tutor proprio nomine agens non tenetur pati compensationem ejus, quod pupillus debet, nec vicissim. Quid si tutor conveniatur suo nomine, et compensare velit, quod actor pupillo debet, vel vicissim? § 281., *et* 282.

Quid si debitor tutoris, qui simul pupilli creditor est, foro cesserit, et curator bonis datus pupilli debitum exigat? § 283.

Procurator necessario mandato instructus, si a creditore suo conveniatur, an compensare possit, quod actor debet domino? § 284.

Compensatio locum habet inter socios universales, non inter particulares. § 285.

Mulieri objici non potest compensatio ejus, quod maritus debet. § 286.

Fidejussor creditori objicere potest compensationem ejus, quod sibi, vel debitori aliunde debitum est. § 287.

Patri ex filii negotio agenti objici potest compensatio ejus, quod filius reo debet. Quid si filius conveniatur. § 288.

Haeres pati debet compensationem ejus, quod a defuncto debitum est, et vicissim. § 289.

Compensationis jus aliquando competit ex persona alterius. § 290.

Compensatio non admittitur, nisi debitum utrinque purum sit, et liquidum. § 291., *et* 292.

Debitum, quod brevi potest liquidari, pro liquido habetur. Quommodo pronunciare debeat judex, cum debitum liquidum non est? § 293.

Compensatio locum dumtaxat habet in rebus fungibilibus ejusdem speciei; in aliis tamen retentio permittitur. § 294.

Cur corporis cum corpore compensatio non admittatur? § 295.

Compensatio fieri potest pecuniae cum corpore, quod amplius praestari nequeat. § 296., *et* 297.

Fructuum ejusdem speciei compensatio admittitur. Quid si genus utrinque debeatur? § 298.

Compensatio objici potest quibuscumque creditoribus, etiam pupillis ex tutela agentibus. § 299.

Cessionario recte opponitur compensatio etiam ejus, quod creditor cedens ante cessionem debebat: nisi aliud actum sit. §. 300.

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 16. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 31.

Quid si cedens desierit solvendo esse, cum objicitur compensatio? §. 301.

Compensatio cessionario obest, sive sponte, sive ex necessitate cessio facta fuerit. §. 302.

Compensatio ipso jure quidem obligationem perimit, si modo velit debitor. §. 303., *et* 304.

Compensatio non principale tantummodo debitum, sed etiam illius accessiones extinguit. §. 305.

Compensatio in judicio praeterquam in poenalibus opponi debet, ut judex illius rationem habeat. §. 306.

Objici potest compensatio post sententiam ad impediendam illius executionem, et multo magis in judicio appellationis. §. 307.

Quod sub onere satisdationis debetur, compensari, nisi ea praestita, non potest. §. 308.

Debitum fateri non intelligitur compensationem objiciens. §. 309.

Compensationis omissio per se non inducit praesumptionem remissi debiti. §. 310.

Judicis sententia compensationem rejicientis trahi non potest ad jus petitionis; nisi judex ita expresserit. §. 311.

Retentio facilius permittitur, quam compensatio: illa in rebus omnibus locum habet, atque in debito etiam illiquido. §. 312., *et* 313.

§. 264.

Compensatio ita dicta, prout volunt eruditi, ab antiquo more pendendi, seu ponderandi, quatenus ante nummos adinventos aes ponderari solebat, prout etiam in quibusdam locis, veluti in Aethiopia, hodie servatur; quo fiebat, ut, aequali quantitate aeris utrinque pensata, obligatio extingueretur, ac tantummodo remaneret in credito, quod ex uno latere superaret, definitur a Modestino, *debiti, et crediti inter se contributio* (1); seu collatio debiti cum credito ad obtinendam a debito liberationem.

(1) *L.* 1. *ff. hoc tit.*

§. 265.

Compensatio maximam in se continet aequitatem; tum quia uniuscujusque magis interest non solvere, quam solutum repetere (1); tum quia inanes circuitus vitari, ex quibus facile lites oriuntur, publice interest (2); atque hinc dolo malo facere judicatur, qui id postulat, quod statim restituturus est (3).

(1) *L. Ideo compensatio* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Dominus* 53. *ff. de condict. indebit.* (12. 6.). *L. Item* 4. §. 1. *in fin. ff. de alienat. judic. mutand. caus. fac.* (4. 7.)

(3) *L. Dolo facit* 8. *ff. de dol. mal. et met. except.* (44. 4.)

§. 266.

De compensatione investigandum est. 1. Quae debita compensationem admittant, vel respuant. 2. Quae requirantur conditiones, ut compensationi locus fiat. 3. Quibus personis objici possit compensatio. Quis sit compensationis effectus.

§. 267.

De rebus, quae compensationem admittunt, generalis regula in jure statuitur, debita omnia, quacumque ex caussa proficiscantur, sive ex contractu, sive ex delicto, sive ex eadem, sive ex diversa caussa, compensari posse; sive naturali simul, et civili jure firmentur, sive naturali tantum, non vero si merum juris civilis praesidium habeant. Paucis multa complexi sumus; quae ideo aliquanto fusius exponenda sunt.

§. 268.

In primis statuit Justinianus, compensationes ipso jure fieri, *nulla differentia in rem, vel personalibus actionibus inter se observanda* (1): nec interest, utrum una obligatio usuraria sit, altera sine usuris (2); vel utrum debeantur usurae ex iisdem

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 16. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 31.

caussis, an ex diversis (3). Obligationes quoque ex delicto, vel quasi delicto descendentes compensationem recipiunt, si modo pecuniarie agatur (4): qua ratione etiam placuit, paria crimina respectu poenae pecuniariae mutua compensatione deleri (5), immo et respectu privatae vindictae, veluti inter conjuges adulterii reos, ne divortio locus fiat (6). Sed quoad poenam publicam nulla fit compensatio (7), cum haec reipublicae, ita dicam, solvatur.

(1) *L. ult. in princip. cod. hoc tit.*

(2) *L. Cum alter* 11. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Idem juris* 12. *ff. hoc tit., Thesaur. quaest. forens. lib.* 4. *quaest.* 21. *num. ult.* ✠

(4) *L. Si ambo* 10. §. *Quoties* 2. *ff. hoc tit.*

(5) *L. Cum mulier* 47. *ff. solut. matr.* (24. 3.)

(6) *L. Viro* 39. *ff. eod. tit.*

(7) *L. Ex lege* 2. §. *Qui hoc dicit* 4. *ff. ad leg. Jul. de adult.* (48. 5.)

§. 269.

Si quaeratur, an debitum in una moneta compensari possit cum debito ex alia moneta, distinguit Faber, an qui compensare vult, debeat in moneta argentea, vel aurea, cum sibi debeatur in auro: an contra ipse aureos debeat, atque inferior moneta ipsi debita sit. Compensationem priore casu recte objici tradit, non in posteriore (1); quia moneta, sive aurea tamquam sive etiam argentea, in aurea excellentiori contineatur, non vicissim. Nec in priore specie interest, quod incertus sit aurei valor; quia liquidum censetur, quod brevi potest definiri (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 23. *defin.* 2.

(2) *Argum. l. Non tantum* 17. *ff. de excusat.* (27. 1.), *Fab. d. defin.* 2. *in med.*

§. 270.

In alimentis futuris compensationem objici non posse, generatim traditur (1); singulari eorum favore; utpotequae moram vix patiuntur (2), atque necare videtur, qui alimenta denegat (3). Cum tamen senatus, pendente aestimatione legitimae, et fructuum ex ea debitorum, uni ex liberis certam pecuniae quantitatem adjudicasset, placuit patribus, compensationem admittendam ejus quantitatis, quam fratri condemnato deberi liquido constaret (4); quia subrogatum sapere debeat naturam ejus, in cujus locum subrogatum est (5): legitimam autem compensationi subjici, passim receptum est (6), ob generalem Justiniani constitutionem (7). Quod de denegata fututorum alimentorum compensatione dicimus, plures extendunt ad stipendia clericorum, et decimas (8).

(1) *L. In ea* 3. *cod. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 23. *defin.* 7. *in princip.*

(2) *L. Pecuniae* 8. *ff. de aliment. leg.* (34. 1.)

(3) *L. Necare videtur* 4. *ff. de agnoscend. liber.* (25. 3.)

(4) *Fab. d. defin.* 7. *num.* 1., *et seq.*

(5) *L. Si eum judicio* 10. §. *ult. ff. Si quis cautionib.* (2. 11.)

(6) *Fab. d. defin.* 7. *num.* 3.

(7) *In d. l. ult. in princip. cod. hoc tit.*

(8) *Brunneman. in ff. de jur. fisc. lib.* 49. *tit.* 14. *ad l.* 46. *num.* 7.

§. 271.

Rerum sive in eodem judicio, sive in diversis inter eosdem judicatarum, ait Faber (1), compensationem objici posse, nemo dubitat: apertissima sunt legum verba (2): quin intersit, an hincex definitiva, inde ex fiduciaria, seu provisionalem solutionem injungente sententia debeatur, saltem cautione interposita restituendi, si decretum solutionis fiduciariae, deinceps per definitivam revocetur (3). Si tamen mutuae adjudicationes ita factae fuerint, ut una quantitas in aliam imputari debeat, non est facienda imputatio, et compensatio summarum posteriore sententia adjudicatarum, licet anteriorem caussam habeant (4); ne prius judicatum subvertatur.

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 16. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 31.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib* 4. *tit.* 23. *def. ult. in princ.*
(2) *L. Cum militi* 16. §. 1. *ff. hoc tit.*, *l. Ex caussa* 2. *cod. hoc tit.*
(3) *Fab. cod. hoc tit. defin.* 9. *num.* 12., *et seqq.*
(4) *L. Quod Labeo* 13. *ff. hoc tit.*, *Fab. d. defin. ult. num.* 1.

§. 272.

Idem dicendum, quamvis summa debita illi, qui compensatione uti vult, utique summae compensandae sufficere possit, si imputatio priore judicio praescripta etiam pro debitis non liquidis inservire debeat (1); nec enim compensari potest, quod in aliam summam imputandum est; cum imputatio etiam vim solutionis habeat; quamquam in eo differt a compensatione, quod haec non nisi in debitis liquidis locum habet (2), illa etiam in caeteris.

(1) *Fab. cod. hoc tit. d. defin. ult. num.* 4., *et seqq.*
(2) *L. ult.* §. 1. *cod. hoc tit.*

§. 273.

Plane, subjicit apposite idem Faber, si ex utraque parte plura debita sint partim liquida, partim non liquida, aequum est, de omnibus in executione judicati eodem judicio cognosci, ut tandem, absoluta universa liquidatione, condemnetur is, quem post omnes imputationes, et compensationes factas debere constiterit (1): sed interim permittenda est provisionalis executio judicati ei, qui liquidam obtinuit adjudicationem, quamvis plene constet, adversarium majoris quantitatis creditorem esse, quae quantitas compensari quoque posset, si in aliam caussam vi prioris sententiae imputanda, et compensanda non esset (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 23. *d. defin. ult. num.* 6.
(2) *L. Quod Labeo* 13. *ff. hoc tit. Fab. d. defin. ult. in fin.*

§. 274.

Non tantum quantitatum ex judicato debitarum compensatio admittitur (§. 271.), sed et litis sumptuum (tametsi jam judicati, et taxati sint) tamquam debiti liquidi, quod exceptum non est, immo generali legum sententia comprehensum (1): nec interest, quod condemnatus a sententia appellaverit; cum ideo liquidum esse non desinat debitum, nisi forte ab ipsa sumptuum condemnatione, et taxatione appellatum fuerit (2).

(1) *L. ult. princip.*, *et* §. 1. *cod. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 23. *defin.* 12. *in princip.*

(2) *Argum. l. Ab executione* 5. *cod. quor. appellat. non recip.* (7. 65), *Fab. d. defin.* 12. *num.* 1.

§. 275.

Praeterea compensatur, quod certo loco debitum est cum eo, quod sine ulla loci adjectione debetur, habita utique ratione, quanti interest, loco definito solvi (1): nec prohibetur compensari, quod alio in loco jam peti coepit (2); alioquin per litis contestationem actor deteriorem redderet conditionem suam, cum tamen melior fieri debeat (3). Nec refert, quod uni debito jusjurandum solvendi adjectum sit, non alteri, tum quia jusjurandum non immutat naturam actus; tum quia solvere intelligitur, qui compensat (4). Aliud fortasse servatur in conditionibus ultimarum voluntatum (5): sed ita in illis singulariter placuit jureconsultis (an recte, judicent alii): ita ut per aequipollens non liceat implere hanc conditionem (6). Profecto, si fratres peculium adventitium habentes, vivo patre, impenderint, alter in alterius utilitatem invicem compensant, nisi quid a patre donatum appareat (7).

(1) *L. Pecuniam* 15. *ff. hoc tit.*
(2) *L. In compensationem* 8. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Non solet* 86., *et l. sequ. ff. de reg. jur.* (50. 17.)

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 16. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 31.

(4) *L. Dedisse* 76. *ff. de verbor. significat.* (50. 16.)
(5) *Argum. l. Julianus* 45. *ff. de condit., et demonstrat.* (35. 1.)
(6) *L. Qui haeredi* 44. *princip.*, et §. *seqq. ff. eod. tit.*
(7) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 23. *defin.* 1.

§. 276.

Ad haec, debita caeteris temporibus solvenda, puta canon emphyteuticus compensari potest cum debito continuam exactionem habente, si modo jam utrinque debeatur, cum objicitur compensatio (1). Idem ferendum est judicium de debito hypotheca munito, quod recte compensatur cum debito minime hypothecario; quin intersit, an unum ex venditione immobilium, alterum ex pretio mobilium conflatum sit, cum leges non distinguant (2): nec aequitas distinguendum suadeat. Censum redimi posse per compensationem debiti liquidi, alibi demonstravimus (3).

(1) *Argum. l. ult. in princip. cod. hoc tit.*
(2) *D. l. ult. cod. hoc tit.*
(3) *V. Tom. X.* §. 1680. *pag.* 405.

§. 277.

Sed plures sunt caussae, in quibus denegatur compensationis jus: atque ut praeteream, compensari non posse, quod creditore invito non potest solvi (1): in primis depositum nec compensari, nec retineri posse, licet res ejusdem generis depositae fuerint, cautum est (2), atque alibi demonstravimus (3). Idem jus est de caussis momentaneae possessionis per dolum, aut vim apprehensae (4): quod et ad reparationem attentatorum, ut ajunt, plerique protrahunt, possessionis exemplo (5): nec ullam objici compensationem sinunt leges exactioni tributorum; et vectigalium Principi, aut civitati debitorum, quamquam in caeteris caussis praeter annonariam, vel in pretio rei, quam quis a fisco emerit, compensatio ipsi fisco objici potest (6).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 23. *defin.* 11.
(2) *L. penult. cod. deposit.* (4. 34.), *l. ult.* §. 1. *in fin. cod. hoc tit.*
(3) *V. Tom. IX.* §. 1289. et 1290. *pag.* 329.
(4) *L. ult.* §. *ult. cod. hoc tit.*
(5) *Voet in ff. hoc tit. num.* 16. *in princip.*
(6) *L. Aufertur* 46. §. *Ut debitoribus* 5. *ff. de jur. fisci* (49. 14.), *l. In ea* 3., *l. Si ex venditione* 7. *cod. hoc tit.*

§. 278.

Compensationis jus in privatis venditionibus locum habere, expressim traditur (1); ita ut si Titius Sempronio ex mutuo, puta, decem debeat, atque Sempronius vicissim rem Titio decem vendiderit, compensatione Titius uti possit. An autem in venditione, quae publice sub hasta fiat, compensatio locum habeat, plures affirmant tum ob generalia legum verba, quae omnem venditionem complectuntur (2): tum quia speciatim excipitur fiscus (3), qui res suas publice vendere solet. Alii distinguunt inter licitationem necessariam, et voluntariam: compensationem rejiciendam putant in necessaria, quae fit judicati exequendi caussa; quia non tam debitori, quam creditoribus pretium rei emptae debetur (4): non autem licet cum uno compensare, quod alteri debitum est: non in voluntaria.

(1) *D. l. Si ex venditione* 7. *cod. hoc tit.*
(2) *D. l.* 7. *cod. hoc tit.*
(3) *D. l.* 7., *d. l.* 46. §. 5. *ff. de jur fisc.* (49. 14.)
(4) *Voet in ff. hoc tit. num.* 17. *prop. fin.*

§. 279.

Non tantum, quod naturaliter simul, et civiliter, sed et quod naturaliter dumtaxat debitum est, compensari potest etiam cum debito mixto, seu tum naturali, tum ci-

vili simul; tum quia Ulpianus generatim ait, *etiam quod natura debetur, venit in compensationem* (1); tum quia, sublato naturalis juris vinculo, solum remanet civile, quod per se inefficax est (2); tum denique quia debitum naturale retentionem parit (3); indeque compensationem recipere debet. Civilis plane debiti nulla compensatio est (4).

Inst. l. 3. tit. 30, ff. l. 16. tit. 2. Cod. l 4. tit. 31.

(1) *L. Etiam* 6. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Stichum* 95. §. *Naturalis* 4. *ff. de solutionib.* (46. 3.)
(3) *L. Naturaliter* 13., *l. Si quod* 64. *ff. de condic. indebit.* (12. 6.)
(4) *L. Quaecumque* 14. *ff. hoc tit.*

§. 280.

Non sufficit, debitum vere existere, sed illi ipsi debeatur necesse est, qui compensare vult, atque ut ab illo debeatur, cui objicitur compensatio; perinde quod Titio actor debet, compensari invito reo non potest, nec si Titius consentiat (1), nisi actiones suas reo convento cesserit, eumdemque procuratorem in rem suam constituerit (2); quod et in duobus reis promittendi, vel credendi obtinet (3).

(1) *L. In rem suam* 18. §. 1. *ff. hoc tit.*, *l. Ejus, quod* 9. *cod. hoc tit.*
(2) *D. l.* 18. *in princ. ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 23. *defin.* 8. *num.* 9., *et seqq.*
(3) *L. Si duo rei* 10. *ff. de duob. reis* (45. 2.)

§. 281.

Si tutor contra suum debitorem Titium proprio nomine agat, non tenetur pati compensationem ejus, quod pupillus Titio debet, nec vicissim compensatur id, quod tutor debet cum eo, quod petit pupilli jure, et nomine (1). Si tamen tutor conveniatur suo nomine, compensatio admittenda est ejus, quod actor pupillo debet; quasi procuratorio pupilli nomine utens (2); quod licet; sicut enim solvere intelligitur, qui patitur compensationem (3); ita et compensationis objiciendae capax esse debet, qui solutionem petere, et accipere potest.

(1) *L. penult. ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 23. *defin.* 8. *in princip.*
(2) *Fab. cod. hoc tit. definit.* 17. *in princ.*
(3) *L. Si constat.* 4. *cod. hoc tit.*

§ 282.

Eodem fundamento, si tutor conveniatur a creditore pupilli, potest creditorem repellere, objiciendo compensationem ejus, quod ipsi debitum est a creditore adversus pupillum agente (1); tum quia tutor potest de suo solvere pro pupillo, atque etiam fieri facile potest, ut ex administratione pupilli debitor sit, quod ita brevi manu solvit (2); tum quia alioquin deterioris prae caeteris conditionis esset pupillus, qui propter aetatem actionum cessionem a tutore accipere non potest, qua posita cessione, extraneo cuilibet compensare permittitur (§. 280.)

(1) *Fab. cod. hoc tit lib.* 4. *tit.* 23. *def.* 8. *in princip.*
(2) *Argum. l. Si debitor* 4. *ff. qui potior. in pign.* (20. 4.)

§. 283.

Exceptionem admittit Voet, si debitor tutoris, qui et creditor pupilli est, foro cesserit, et curator ejus bonis datus tutorem conveniat, ut debitum pupilli solvat; cum enim, curatore bonis dato, creditores videantur possidere bona debitoris, et par omnium conditio sit (1), permittendum non putat tutori, ut objecta compensatione pecuniae, quae sibi debita est a debitore minus idoneo, integrum creditum recipiat cum aliorum jactura (2): quamquam nihil prohibet, quominus recte objiciatur compensatio, cum quis debitor simul, ac creditor est debitoris, qui bonis cesserit pro rata utriusque quantitatis, dummodo et ante cessionem bonorum compensandi facultas competeret (3). Sane rescriptum moratorium debitori a Principe indultum non impedit compensationem (4); sicuti nec retentionem, cui compensatio aequiparatur; et quae facilius permittitur, quam persecutio (5).

Ind. l. 3. tit. 30. ff. l. 16. tit. 2 Cod. l. 4. tit. 31.

(1) *L. Quod autem 6. §. Sciendum 7. ff. quae in fraud. creditor.* (42. 8.)
(2) *Voet in ff. hoc tit. num. 9. in princip.*
(3) *Voet d. num. 9. in med.*
(4) *Fab. cod. de precib. imperat. offerend. lib. 1. tit. 9. def. 13.*
(5) *L. Cum pater 77. §. Cum inter 28. ff. de legat. 2.* (31. 1.)

§. 284.

Jam innuimus, procuratorem a creditore suo conventum objicere posse compensationem ejus, quod creditor debet domino, seu mandanti (§. 281.); quod quidem intelligendum est de procuratore, qui mandatum speciale habeat ad exigendum, vel generale cum libera administrandi potestate, quia perinde est, ac si ipse ex pecunia nomine mandantis accepta creditori solveret; quo sane casu liberatio contingeret (1). Sententia haec, ut scite animadvertit Faber, difficultate non caret; etenim pecunia procuratori soluta ipsi non acquiritur, sed domino; quia tamen de compensatione agitur, ubi pecunia non extat, sed esse fingitur, placuit senatui, ad vitandos inanes circuitus compensationem probare (2). Sibi imputet dominus, cur talem procuratorem elegerit. Aliud tamen censuit, si Thesauro credimus, senatus Nicoeensis (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 23. defin. 17. num. 1., et seqq.*
(2) *Fab. d. definit. 17. num. 6., et seqq.*
(3) *Thesaur. lib. 4. quaest. 1. num. 6.* ✠

§. 285.

Socios quod attinet, distinguendi sunt universales a particularibus. In universalibus sive agentibus, sive excipientibus compensatio locum habet (1); cum inter hos bona omnia, et jura communia sint, nec non consequenter onera (2), quae a juribus non debent sejungi. Aliud dicendum de sociis particularibus, inter quos tantummodo communicantur ea, quae ex quaestu veniunt (3): proinde si unus socius sive proprio nomine, sive etiam societatis debitorem conveniat, hic objicere nequit compensationem ejus, quod alter extra caussam societatis debet, cum in his nulla sit communio (4). Quare generale Ulpiani responsum (5) ad socios universales omnino restringi debet, ne certissima juris principia subvertantur.

(1) *L. Si duo rei 10. ff. de duob. reis* (45. 2.)
(2) *L. 1. §. 1., l. 23. princip., et §. 1. ff. pro soc.* (17. 2.)
(3) *L. Coiri 7., et duab. seqq. ff. eod. tit.*
(4) *D. l. 7., 8., et 9. ff. pro socio.*
(5) *In d. l. 10. ff. de duob. reis.*

§. 286.

Mulieri petenti ex judicato litis expensas, quas maritus ad dotem conservandam erogavit, reus condemnatus, ait Faber, non potest objicere compensationem ejus, quod sibi maritus debet, licet alleget, ejusmodi expensis dotem diminutam esse ipso jure in mariti utilitatem, si dos in pecunia numerata consistat, non in corporibus (1); quod enim uxor marito debet, non ideo debet creditori mariti, nisi nomen cessum sit (2); adeoque locum sibi vindicat juris regula, quae prohibet, ne quis compenset, quod non sibi, sed alteri debitum est (§. 280.)

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 23. defin. 16. in princip.*
(2) *L. ult. cod. quand. fisc. vel privat.* (4. 15.)

§. 287.

Fidejussor creditori agenti objicere potest compensationem tum ejus, quod sibi aliunde debitum est, tum ejus, quod creditor reo principali debet (1): nec interest, utrum reus principalis sententia definitiva condemnatus fuerit ad solvendum, an interlocutoria, et provisionali, quae executionem habere debeat, appellatione non obstante: nec utrum creditor, cui compensatio objicitur, ab ea condemnatione provocaverit, nec ne (2); appellationis remedio, si forte jus pro se habeat, indemnitatem consequetur.

(1) *L. Verum est* 4., *et l. seq. ff. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 23. *defin.* 13. *in princip.*

(2) *Fab. d. definit.* 13. *num.* 1., *et seqq.*

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 16. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 31.

§. 288.

Patri ex negotio filii, puta societate cum filio contracta, agenti, opponi posse compensationem ejus, quod debet filiusfamilias reo convento, tradit Paulus (1), et merito, cum ex filii persona pater jus suum metiatur: quod si adversus filium ageret creditor, pater nonnisi de peculio teneretur (2). Quinimmo filius a creditore conventus, si eodem Paulo credimus, objicere potest compensationem ejus, quod creditor patri debet, dummodo filius caveat, patrem ratum habiturum, seu non exacturum, quod ipse compensavit (3). Sed post adinventa peculia quaestiones hae ex illorum jure dijudicanda sunt.

(1) *L. Si cum filiofamilias* 9. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 9. *in fin. princip.*

(3) *D. l.* 9. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 289.

Si haeres haereditario licet nomine agat, non dubium, quominus pati teneatur compensationem ejus, quod ipse debet: atque vicissim, si agat haeres suo nomine, debitor haeredis compensare potest, quod sibi a defuncto debitum erat (1): nec interest, quod haereditatem adierit implorato beneficio inventarii, quia non desinit haeres esse, sed id tantum consequitur, ne ultra vires haereditarias creditoribus de suo solvere teneatur (2): adeoque interim, donec incertum est, an bona haereditaria dimittendis omnibus creditoribus sufficiant, permitti potest solidi compensatio, praestita tamen satisdatione restituendi, seu solvendi, quod ultra vires haereditatis compensatum fuit (3).

(1) *L. ult. cod. de contrar. judic. tutel.* (5. 58.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 32. *def.* 9. *in princip.*

(2) *L. ult.* §. *Et si praefatam* 4. *cod. de jur. deliberand.* (6. 30.)

(3) *Fab. d. definit.* 9. *num.* 1., *et seqq.*

§. 290.

Fieri tamen potest, ut quis compensationis ex persona sua objiciendae jus non habeat, attamen illius beneficium sentiat ex persona alterius, cujus jure utitur: veluti si locator a creditore conventus, cui fructus judicis sententia adjudicati fuerint, justam habeat compensandi caussam, conductor executionem judicati pati non tenetur; nec fructus victori dare, sed eosdem retinet, licet nullam ipse defensionem adversus creditorem habeat (1).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 23. *defin.* 14.

§. 291.

Sequitur disputatio de conditionibus ad compensationem requisitis. Imprimis requiritur, ut debitum utrinque purum sit, atque, ut ajunt, liquidum: purum sit oportet; quod enim in diem debetur, compensari nequit, antequam dies veniat (1): si tamen dies solvendo jam venerit, licet modica dilatio ex humanitate debitori indulgenda sit, compensatio locum habet (2).

(1) *L. Quod in diem* 7. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Cum militi* 16. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 292.

Praeterea exigimus, ut debitum sit liquidum (1), seu certum, et perspicuum; nec enim debito certo, et de quo plene constat, mora fieri debet, illiquidi, vel incerti compensatione objecta. Hinc colligit Faber, debitum ex sententia, a qua provocatum sit, compensari non posse cum eo quod debeatur ex instrumento authentico, atque, ut ajunt, guarentigiato, quamvis judex decreverit, ut sententia, non obstante appellatione, executioni mandetur, praestita satisdatione (2); cum enim incertum sit, an

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 16. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 31.

judex appellationis priorem sententiam confirmet, an revocet, liquidum videri non potest hujusmodi debitum, ut locus fiat compensationi, nec satisdatio vim solutionis habere potest.

(1) *L. ult. §. 1. cod. hoc tit.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 23. def. 10.*

§. 293.

Si tamen debitum in eo statu sit, ut brevi temporis intervallo liquidari possit, pro liquido habetur (1); adeoque ex communi sententia compensatio admittitur (2). Cum autem debitum liquidum non est, cavere judex debet, ne omnino reprobet compensationem, sed ita sententiam ferat, ut exprimat, nullam se compensationis rationem habere (3), ne rei judicatae exceptio noceat reo compensationem petenti atque probanti.

(1) *Argum. l. Non tantum 17. ff. de excusat.* (27. 1.), *l. Apud Celsum 4. §. De dolo 26. ff. de dol. mal., et met. except.* (44. 4.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 23. def. 2. num. 2.*

(3) *L. Quod in diem 7. §. 1. ff. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. defin. 5.*

§. 294.

Non sufficit, utrinque debitum esse purum, et liquidum, ut compensatio admittatur: insuper requirunt leges, ut eadem quantitas, seu res fungibilis utrinque debita sit, puta vinum, oleum, pecunia; ita ut vinum cum vino, oleum cum oleo, pecunia cum pecunia utique compensetur, non vinum cum oleo, aut pecunia (1); cum enim compensatio solutioni aequipararetur (2), solvi autem aliud pro alio invito creditori non possit (3), consequens est, nec oleum, aut vinum cum pecunia recte compensari. Hinc supra diximus, debitum in moneta aurea compensari non posse cum debito in moneta argentea, vel aurea (§. 269.). Non dubium tamen, quominus retentio in hisce casibus competat; cum haec facilius quam compensatio permittatur (§. 272.)

(1) *Argum. l. Si debeas 22. ff. hoc tit., l. Si constat 4. cod. hoc tit*

(2) *L. Verum est 4. ff. hoc tit.*

(3) *L. Mutuum 2. §. 1. ff. de reb. credit.* (12. 1.)

§. 295.

Corporis ergo cum corpore, puta fundi cum fundo compensationem non probant leges; et merito; quia in his aequalitas perfecta non est; cum in corporibus cadat singularis affectio, licet pecunia generatim aestimari possint, quantitates vero, seu res, quae numero, pondere, mensura constant, singularem affectionem non recipiunt, utique functionem, seu permutationem (1): dummodo nummi naturam speciei non induant, idest considerentur ut quantitas, non uti corpus, prout contingere potest ex singulari testatoris, vel contrahentium voluntate in nummis pretiosioribus (2). Atque hinc patet, nec corporis cum quantitate compensationem fieri, aut vicissim (3).

(1) *D. l. Mutuum 2. §. 1. ff. de reb. credit.* (12. 1.)

(2) *L. In ratione 30. §. Certis 4. ff. ad leg. Falcid.* (35. 2.), *l. Sed si certos 51. ff. de legat. 1.* (30. 1.)

(3) *D. l. Si debeas 22. ff. hoc tit.*

§. 296.

Fieri tamen potest, ut compensatio pecuniae fiat cum corpore, quod prius debitum erat; si nempe corpus propter moram debitoris, vel culpa ejus perierit, ita ut amplius praestari nequeat, vel deterius factum sit, atque illius aestimatio praestari debeat (1); non enim quod prius fuit in obligatione, sed quod deinceps in solutione est, inspici debet, cum solutionis vicem obtineat compensatio, ut saepe diximus (§. 294.)

(1) *Perez. in cod. hoc tit. num. 12.*

§. 297.

Quod ergo ait Justinianus, compensationem vigere in actionibus omnibus sive in rem, sive in personam (1), intelligendum est, sano modo, si termini habiles, ut ajunt,

compensationis sint. Atque cum tradit Alexander, compensationem fieri ob res a muliere amotas (2), fingenda est species de rebus amotis, quae amplius non extent: atque eodem modo explicandus est Ulpianus, compensationem permittens ob res donatas, vel a muliere amotas (3); nisi eum loqui putemus de pecunia perperam a marito donata, vel per uxorem amota.

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 16. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 31.

(1) *L. ult. in princ. cod. hoc tit.*

(2) *L. Neque scriptura* 6. *in fine cod. hoc tit.*

(3) *L. Fructus* 7. §. *Ob donationes* 5. *ff. solut. matrimon.* (24. 3.)

§. 298.

De fructibus disputant interpretes, an compensationem inter se, vel cum pecunia recipiant. Si ejusdem speciei sint, ex superiori regula utique compensantur, non vero si diversae (§. 294.); nisi consumpti sint, atque eorum succedat aestimatio (§. praec.). Genus cum genere, nimirum si res in genere debitae sint ejusdem speciei, puta utrinque debeatur frumentum, vel vinum, compensari probabilius est, quia nulla cadit in hasce res singularis affectio, atque functionem, seu permutationem facile admittunt (1).

(1) *Argum. l. Cum quid mutuum* 3. *ff. de reb. credit.* (12. 1.)

§. 299.

Post haec agendum de personis, quibus compensatio objici possit. Compensatio recte objicitur quibuscumque creditoribus, etiam pupillis ex tutela gesta adversus tutorem agentibus (1); cum compensare idem sit ac solvere (2): proinde, nisi lex nominatim excipiat quasdam personas, non tam personae, quam caussae favore (3), omnes compensationem pati tenentur, dummodo adsint conditiones a legibus requisitae.

(1) *L. Si tutores* 11. *cod. hoc tit.*, *l. Inter tutores* 36. *ff. de administrat.*, *et peric. tutor.* (26. 7.), *l.* 1. §. *Praeterea* 4. *ff. de contrar. tutel.*, *et util. action.* (27. 4.)

(2) *L. Verum est* 4. *ff. hoc tit.*

(3) *Prout supra diximus* §. 277., *et* 278.

§. 300.

Cessionario quoque potest objici compensatio non tantum ejus, quod ipse debet proprio nomine debitori cesso, sed et ejus, quod creditor cedens ante cessionem debeat; cum ipso jure debitum evanuerit eo momento, quo coepit utrinque deberi (1), ac proinde cedi non potuerit, nisi pro parte non extincta, consequens est, nec in cessionarium jus transisse (2). Exceptio locum babere posset, si debitor cessioni intervenisset, atque se integram summam cessionario acceptanti solvere promisisset (3); quippe videretur renunciasse compensationi adversus cessionarium, salva sibi actione indemnitatis adversus cedentem. Idem dicendum, si cessionarius habuerit bona omnia debitoris sui obligata ante natum compensationis jus (4); quia et in his continetur nomen debitoris.

(1) *D. l. Verum est* 4. *ff. hoc tit.*

(2) *Thes. dec.* 221. *num.* 1. ✠

(3) *Thes. ibid. num* 2.

(4) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 23. *def.* 3., *ubi idem putat dici posse, si cessionarius caussam onerosam habeat: quod minus conveniens veritati videtur; nec enim caussa onerosa cessionarii tollere potest jus debitori competens adversus cedentem, aut eum, qui a cedente caussam habet, quippequi melioris conditionis esse nequit, quam is, ex cujus persona jus omne suum metitur. L. Quod ipsis* 143. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 301.

Opponi potest compensatio cessionario, quae cedenti objici potuisset, licet cedens desierit esse solvendo eo tempore, quo objicitur a debitore; cum enim, ut modo diximus (§. praeced.), per compensationem ipso jure extinguatur obligatio, ita ut nec amplius cedi potuerit, quam quod, facta compensatione, seu debiti, et crediti contri-

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 16. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 31.

butione, supererat, casus cedenti postea contingens peremptam obligationem restaurare non potest: maxime quia cedens a compensatione se liberare non potuisset, licet minus idoneus facultatibus ante cessionem fuisset; quia quantum ad se dives esse intelligitur (1): potiori autem jure uti nequit cessionarius (2).

(1) *Argum l. Quaerebatur* 82. *fer. in princip. ff. ad leg. falcid.* (35. 2.)
(2) *D. l. Quod ipsis* 143. *ff. de reg jur.*

§. 302.

Nec interest, utrum cessio sponte, an ex necessitate, puta judicis jussu facta fuerit (1); etenim in utroque casu verum est, cedi non potuisse, quod per compensationem ipso jure factam extinctum erat (§. 300.). Plane si cessionarius cum debitore cedentis obligationem novaverit, vel debitor delegatus sit, cessionario amplius non obest compensatio, quae cedenti obstitisset (2); quia per novationem, vel delegationem prior obligatio perempta est, atque cessionarius non ex cedentis persona, sed ex propria, et proprio jure sibi per novationem, vel delegationem quaesito agit: proinde ei non potest objici compensatio ex persona cedentis (3).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 5. *in medio.*
(2) *Thesaur. d. decis.* 221. *in fin.*
(3) *Argum. l. Doli exceptio* 19. *ff. de novationib.* (46. 2.)

§. 303.

Neque objiciatur, novari, aut delegari non posse actionem, quae perempta est; peremptam autem ipso jure diximus per compensationem (§. 300.); etenim compensatio debitum quidem ipso jure perimit, sed si velit debitor, qui non cogitur jure suo uti. Porro, ex quo consentit ex nova caussa delegationis, vel novationis obligari, satis aperte declarat, se nolle compensare.

§. 304.

Compensationis effectus est, ut debitum pro rata utrinque ipso jure minuatur (1), cum ea, ut toties diximus, eamdem ac solutio vim habeat (2): olim quidem compensatio debitum ipso jure tantum extinguebat in bonae fidei judiciis, in negotiis autem stricti juris inducebatur, opposita doli mali exceptione: sed Justinianus decrevit, ut eadem sit in hac re conditio negotiorum sive bonae fidei, sive stricti juris (3).

(1) *L. Si constat* 4. *cod. hoc tit.*, *l. Si debitor* 4. *ff. qui potior. in pignor.* (20. 4.)
(2) *L. Verum est* 4. *ff. hoc tit.*
(3) §. *In bonae fidei* 30. *institut. de actionib.* (4. 6.)

§. 305.

Cum autem, perempta principali obligatione, quae ab ea pendent accessiones amplius subsistere nequeant (1), sponte sequitur, etiam liberari fidejussores, ac pignora (2): sisti cursus usurarum pro concurrente quantitate ex eo tempore, quo coepit utrinque deberi, sive utrumque debitum usurarium sit, sive alterutrum dumtaxat (3), sive eaedem, sive diversae usurae utrinque solvantur (4): nec non poenam vitari (5).

(1) *L. Nihil dolo* 129. §. 1., *l. Cum principalis* 178. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(2) *D. l.* 4. *ff. hoc tit.*, *l. Si constat* 4., *l. Invicem* 12. *cod. hoc tit.*
(3) *L. Cum alter* 11. *ff. hoc tit.*
(4) *L. Idem juris* 12. *ff. hoc tit.*
(5) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 23. *defin.* 4. *num.* 2.

§. 306.

Opponenda utique est in judicio compensatio, ut judex illius rationem habeat (1), praeterquam in poenalibus, in quibus odio poenae, ne committatur sola legis potestate opposita intelligitur, (2): sed id pertinet ad factum, cum nemo cogatur uti compensatione (§. 303.), non ad jus, seu juris effectus: atque oppositio compensationem non facit, sed factam demonstrat (3); atque hinc tamquam indebitum condici potest, quod ope compensationis solvere debitor non tenebatur (4).

(1) §. *penult. instit. de action.* (4. 6.)
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 23. *d. defin.* 4. *num.* 2.
(3) *L. Posteaquam* 21. *ff. hoc tit.*
(4) *L. Ideo* 3., *l. Si ambo* 10. §. 1. *ff. hoc tit.*

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 16. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 31.

§. 307.

Hinc etiam recte traditur, compensationem objici posse post sententiam condemnationis ad impediendam illius executionem (1), et multo magis in caussa appellationis, quae prius judicatum extinguit, atque rem reducit ad terminos litis contestatae (2); quia cum compensatio ipso jure debitum extinguat, quandocumque opponatur, retrotrabitur ad eum diem, quo invicem deberi coepit (3).

(1) *L. Cum militi* 16. §. 1. *ff. hoc tit.*, *l. Ex caussa* 2. *cod. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 23. *defin.* 15. *in fin.*, *et cod. de exceptionib. lib.* 8. *tit.* 24. *def.* 2., *Osasc. decis.* 92. *num. ult.* ✠
(2) *Fab. cod. hoc tit. d. defin.* 15. *in princip.*
(3) *L. Posteaquam* 21. *ff. hoc tit.*

§. 308.

Quod si judex, pendente lite, mutuas utrinque litiganti adjudicationes fecerit, sed sub onere satisdationis, prout fieri solet, cum mutuae fiunt petitiones, quae implicatam, et obscuram habent facti quaestionem: utrinque tamen editae sunt probationes, quae ad provisionalem adjudicationem inducendam sufficiunt, atque unus satisdederit, alter vero fidejussorem obtulerit, qui nec dum a judice probatus sit, interim compensatio locum habere nequit (1); quod enim sub onere satisdationis debetur, non nisi ea praestita peti potest (2): maxime quia multa incidere possunt, quae impediant, ne idoneus fidejussor praestetur.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 23. *defin.* 6.
(2) *L. Pater dotem* 7. §. *penult. ff. de dot. praelegat.* (33. 4.)

§. 309.

Sed nonne debitum fateri censetur, qui compensationem objicit? Nequaquam: *non enim*, scite ait Marcellus, *existimatur confiteri de intentione adversarius, quo cum agitur, quia exceptione utitur* (1): praeterquamquod nemo prohibetur uti pluribus defensionibus, nisi lex ex justa aliqua caussa impediat (2): nec facile quis praesumitur alteri defensioni renunciasse, quia unam elegerit, quam forte commodiorem existimabat.

(1) *L. Non utique* 9. *ff. de exception.* (44. 1.)
(2) *L. Nemo prohibetur* 8. *ff. eod. tit.*

§. 310.

Neque vicissim creditur quis remisisse adversario, quod sibi debitum est, licet compensare omiserit (1); cum ipsius interesse possit debitum potius solvere, quam compensare, vel quia alterum debitum usurarium est, vel alia qualibet ex caussa. Non dubium tamen, quominus conjectura remissionis capi possit, si quis compensandi facultatem habens, sciens pluries solverit, potissimum inter conjunctas personas, inter quas liberalitatis animus facilius praesumitur (2).

(1) *L.* 1. §. *Praeterea* 4. *ff. de contrar. tutel.*, *et util. action.* (27. 4.)
(2) *L. Procula* 25. *ff. de probat.* (22. 3.), *l. Cum alienam* 10. *cod. de legat.* (6. 37.)

§. 311.

Hinc sequitur, tametsi judex compensationis in judicio allegatae rationem non habuerit, salvam nihilominus manere petitionem (1); cum enim non omne debitum compensari possit, et quaedam conditiones requirantur ad compensationem, licet debitum ejus naturae sit, ut compensari possit, judicis sententia compensationem rejicientis trahi non potest ad jus petitionis, nisi forte judex expresserit, se ideo reprobare compensationem, quia nihil debitum est.

(1) *L. Quod in diem* 7. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 312.

Inst. l. 3. tit. 30. ff. l. 16. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 31.

Pro coronide hujus capitis, subjiciendum putamus, compensationi non omnino simile esse jus retentionis; utraque quidem etiam in executione judicati opponi potest (1); sed in primis facilius retentio datur, quam compensatio; cum per retentionem non perimatur obligatio, quemadmodum extinguitur per compensationem (§. 304.): praeterea retentio etiam in corporibus, seu rebus tum immobilibus, tum mobilibus, quae nec pondere, nec numero, nec mensura constant, locum habet compensatio in solis rebus fungibilibus (§. 294.): nec ad retentionem, quae longe facilius, quam actio, datur (2), requiritur, ut debitum sit liquidum, quemadmodum in compensatione.

(1) *Fab. cod. de execut. rei judicat. lib. 7. tit. 22. defin. 12.*

(2) *L. Per retentionem 4. cod. de usur.* (4. 32.)

§. 313.

Ad haec venditor, donec integrum rei pretium ipsi solutum sit, rem venditam retinere potest pignoris loco (1): atque generatim illis, qui in rem necessario, vel utiliter impenderunt, ejus retinendae jus habent, donec impensae solutae fuerint (2): nec regulariter res possessori auferenda est, licet dominus idoneam satisdationem pro impensis offerat; nisi mora possessori imputari possit in liquidandis expensis, vel alia justa caussa judicem moveat (3); in his enim prudens versatur judicis arbitrium, qui singula rerum, et personarum adjuncta diligenter expendere debet.

(1) *L. Julianus 13. §. Offerri 8. ff. de actionib. empti* (19. 1.)

(2) *Fab. cod. de rei vindicat. lib. 3. tit. 22. defin. 15. in princip.*

(3) *Fab. d. def. 15. num. 4., et seqq.*

JURISPRUDENTIÆ
LIBER QUARTUS.

SUMMARIUM.

Cur de obligationibus ex delicto, vel quasi delicto tractationem differamus? §. 314.

§. 314.

Justinianus, explicatis obligationibus, quae ex contractu, vel quasi contractu nascuntur, tum modis, quibus hae obligationes tolluntur, progreditur ad aliam obligationum speciem, videlicet quae ex maleficio, vel quasi maleficio descendunt (1). Sed congruentius putamus de criminibus tum privatis, tum publicis simul disserere, prout in Pandectis factum est (2); maxime quia plura sunt delictorum utriusque generis communia. Igitur de actionibus, ut, quanto minus fieri potest, a Justiniani instituto recedamus, dicemus: tum in caeteris fere servabimus institutionum seriem: postremo loco de criminibus acturi.

(1) *Princip. instit. de obligat., quae ex delict. nascunt.* (4. 1.)
(2) *Lib.* 47. *ff. totus est de privatis delictis, et lib.* 48. *de publicis judiciis.*

TITULUS I.

De actionibus.

Instit. lib. 4. tit. 4. *De actionib.*
Digest. lib. 44. tit. 7. } *De obligat., et actionib.*
Cod. lib. 4. tit. 10. }

SUMMARIA.

An titulus hic caeteris praestet? §. 315.
Actio late accepta est jus persequendi in judicio, quod sibi debetur. §. 316.
Privatis propria auctoritate non licet capere, quod sibi deberi putant. §. 317.
Actionum praecipua divisio est in reales, personales, ex mixtas, seu partim in rem, partim in personam. §. 318., *et* 319.
Quae sint actiones civiles, quaeve praetoriae? §. 320.
Quibus competat actio pauliana, serviana, quasi serviana, seu hypothecaria? §. 321.
Actiones de constituta pecunia, de peculio, atque in factum ex jurejurando personales sunt a praetore inductae. §. 322.
Actiones praetoriae poenales tres sunt, de albo corrupto, de in jus vocando, et ne quis vi eximat eum, qui in jus vocatus est. §. 323.
Quae sint actiones persecutoriae, poenales, et mixtae, idest rem simul, et poenam persequentes? §. 324.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 44. tit. 7. Cod. l. 4. tit. 10.

Actiones in quadruplum, triplum, vel duplum usu fori exoleverunt. Quae sint bonae fidei actiones? §. 325.

Quae stricti juris, vel arbitrariae actiones nominentur? §. 326., *et* 327.

Actiones quaedam sunt, quibus solidum petimus, aliae quibus minus solido consequimur, quia debitor gaudet competentiae beneficio. §. 328.

Actiones etiam dividi possunt in directas, et contrarias, vel utiles. §. 329.

Perpetuae, vel temporales actiones quae dicantur? §. 330.

Actiones quaedam haeredi, et in haeredem dantur: aliae haeredi, sed non in haeredem: aliae nec haeredi, nec in haeredem competunt. §. 331.

Litis contestatio perpetuas facit omnes actiones. §. 332.

Pluribus actionibus rei persecutoris ex eadem caussa concurrentibus, una alteram perimit, nisi secunda utilior sit, vel poenalis. §. 333., *et* 334.

Stipulationes poenales usu fori non sustinentur, nisi quatenus interest stipulatoris. §. 335.

Actio persecutoria mere poenalem non consumit: utique mere poenalis alteram mere poenalem. §. 336.

Ex actionibus poenalibus mixtis una alteram perimit, nisi plus sit in posteriore. §. 337.

Actiones plures usu fori ex praescripto juris canonici uno libello cumulari possunt. §. 338., *et* 339.

Quid si actiones inter se contrariae sint, vel contra diversos debitores ex diversis caussis? §. 340., *et* 341.

§. 315.

Titulus, quem nunc aggredimur explicandum, caeteris utilior est, si doctoribus credimus, atque praestantior, cum in hoc, quae sparsim in caeteris juris partibus pertractantur, compendiosa methodo revocentur. Quare singulari diligentia exponere satagemus; et quidem aliquanto fusius de iis disseremus, quae de diversis actionum sive in rem, sive in personam speciebus in Pandectis, et Codice traduntur: nec alibi commode explanari possunt.

§. 316.

Actio lato sensu accepta definitur a Justiniano (1) post Celsum (2) *jus persequendi in judicio, quod sibi debetur.* Juris nomine significatur potestas a jure tributa, quemadmodum dicitur jus testamenti condendi, jus eundi, utendi, fruendi; atque vox haec tenet locum generis: caeterae differentiam continent, qua actio ab aliis juribus distinguitur. Persequendi verbum latissima significatione usurpatur; ita ut tum in rem, tum in personam actiones complectatur, licet stricte loquendo actio ad jura in personam, petitio ad jura in rem (3), persecutio autem ad extraordinarias petitiones pertineat, seu quae non habent juris ordinarii executionem, ut ait Ulpianus (4).

(1) *In princip. instit. hoc tit.*

(2) *L. Nihil aliud* 51. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Actio* 28. *ff. hoc tit., l. Pecuniae* 178. §. *Actionis* 2. *ff. de verbor. significat.* (50. 16.)

(4) *D. l.* 178. §. 2. *in fin.*

§. 317.

Jure hoc experimur *in judicio;* non enim privatis licet propria auctoritate capere, quod sibi deberi putant, sed in judicio, seu coram legitimo judice experiendum est, ut is, caussa cognita, definiat, quod statuendum sit (1). Postremum *debendi* verbum latissima etiam significatione positum est, ut sub se contineat non tantum res, quae sibi deberi quis contendit, adeoque in personam actionem petuntur, sed et quod alter suum esse contendit; licet hoc, si proprie, et stricte loquamur, nostrum esse, non deberi nobis dicamus (2).

(1) *L. Extat enim 13. ff. quod met. caus.* (4. 2.)

(2) §. *1. instit. hoc tit.*

§. 318.

Inst. l. 4. tit. 4. ff. l. 44. tit. 7. Cod. l. 4. tit. 10.

Summa actionum divisio est in reales, et personales, seu in rem, aut personam, quibus addi possunt mixtae. Actiones in rem dicuntur illae, quae nascuntur ex jure in re, seu quo res ipsa actori devincta est (1): nimirum: *1.* Jure dominii, seu proprietatis, atque inde nascitur vindicatio: vel 2. Jure possessionis, unde competit actio publiciana: vel 3. Jure servitutis, aut libertatis, unde tributa actio confessoria, et negatoria; 4. Jure pignoris, et hypothecae, propter quod comparata est actio serviana, et quasi serviana, seu hypothecaria. Actiones vero in personam sunt illae, quae proficiscuntur ex jure ad rem; adeoque potius sunt in personam, quam ex contractu, vel quasi contractu, maleficio, vel quasi maleficio ad rem dandam obstrictam esse actor contendit (2). Hinc ait post Ulpianum (3) Justinianus (4), actiones in rem dari adversus eos, qui nullo jure nobis obligati sunt; ex quo enim rem tamquam nostram petimus, a quocumque possideatur, eam possumus vindicare, licet is nullo speciali jure nobis devinctus sit: actiones vero in personam praeviam obligationis caussam omnino requirunt (5). Porro actio in rem praecipua, qua rem nostram esse, et dari contendimus, *vindicatio* in jure appellatur; actiones in personam generali condictionis nomine donantur (6).

(1) *D. §. 1. instit. hoc tit., l. Actionum 28. in princip. ff. hoc tit.*

(2) *D. §. 1 institut. hoc tit., d. l. 28. in princip.*

(3) *D. l. Actionum 28. ff. hoc tit.*

(4) *D. §. 1. institut. hoc tit.*

(5) *D. §. 1. institut., d. l. 28. ff. hoc tit.*

(6) *D. l. 28. in princip. ff. hoc tit.*

§. 319.

Actionibus in rem, et in personam mixtas adjungi posse diximus (§. 318.): seu quae partim in rem sunt, partim in personam: atque hujus generis tria enumerat exempla Justinianus, videlicet familiae erciscundae, communi dividundo, e finium regundorum (1). Non desunt, qui hanc actionum speciem non probant, freti auctoritate Ulpiani, qui de ea omnino silet (2). Verum perperam de nomine instituitur quaestio; cum in re consensus est; nemo enim negat, quominus modo commemoratae actiones partim sint in rem, partim in personam. Praejudiciales actiones, seu per quas quaeritur, an aliquis liber sit, vel servus, filius nec ne, sive legitimus, sive naturalis, potius in rem esse creduntur (3).

(1) §. *Quaedam actiones 20. institut. hoc tit.*

(2) *D. l. Actionum 28. ff. hoc tit.*

(3) §. *Praejudiciales 13. instit. hoc tit.*

§. 320.

Altera actionum divisio, quae tamen hodiernis fori moribus non congruit, est in civiles, et praetorias. Civiles vocantur, quae jure civili introductae sunt; praetoriae, quas praetor pro sua jurisdictione concessit (1); veluti publiciana (2), et quasi publiciana, seu rescissoria (3). Publiciana competit possessori bonae fidei, qui casu amiserit possessionem ante completum tempus usucapionis, adversus quemlibet possessorem, excepto domino, ut res sibi restituatur, perinde ac si eam usucepisset (4): quasi publiciana, seu rescissoria actione dominus rem suam ab alio usucaptam repetit, quasi non usucaptam, si pendente usucapione reipublicae caussa abfuerit, ne justa absentia ei noceat (5).

(1) §. *Sed istae quidem 3., et seqq. instit. hoc tit.*

(2) §. *Namque 4. instit. hoc tit.*

Inst. l. 4. tit. 4. ff l. 44. tit. 7. Cod. l. 4. tit. 10.

(5) §. *Rursus* 5. *instit. hoc tit.*
(4) §. 4. *instit. hoc tit.*
(5) *D.* §. 5. *instit. hoc tit.*

§. 321.

Pauliana actio, quae et ipsa praetoria est, competit creditoribus chirographariis, ut res a debitore in ipsorum fraudem alienatas revocent, seu persequantur, perinde ac si alienatae non fuissent (1). Serviana actione utitur locator fundi, ut persequatur res sibi a colono obligatas in securitatem pensionum: quasi serviana, seu hypothecaria competit creditoribus ad persequendas res sibi a debitore obligatas adversus quemlibet possessorem (2).

(1) §. *Item si quis* 6. *instit. hoc tit.*
(2) §. *Item serviana* 7. *instit. hoc tit.*

§. 322.

Plures quoque sunt actiones personales a praetore inductae: atque eae vel pendent ex negotio gesto, et sunt rei persecutoriae; vel ex delicto, atque poenales sunt. Ex negotio gesto tres praecipue numerantur, actio de constituta pecunia, actio de peculio, atque actio in factum ex jurejurando (1). Actio de constituta pecunia competit ei, cui quis nudo pacto se soluturum promisit, quod ipse, vel alius debet adversus eum, qui se soluturum spopondit (2). Actio de peculio datur ei, qui cum servo, vel filiofamilias contraxit adversus dominum, vel patrem, quatenus est in peculio: deducto eo, quod sibi debetur (3). Actione in factum ex jurejurando utitur ille, qui jurejurando affirmavit sibi debitum esse, adversus eum, qui jusjurandum detulit, ut sibi solvatur, quod sibi deberi juraverit (4).

(1) §. *In personam* 8. *instit. hoc tit.*
(2) *D.* §. 8. *in med. instit. hoc tit.*
(3) §. *Actiones autem* 10. *instit. hoc tit.*, §. *Praeterea* 4. *instit. quod cum eo etc.* (4. 7.)
(4) §. *Item, si quis* 11. *inst. hoc tit.*

§. 323.

Actiones praetoriae poenales tres quoque sunt: de albo corrupto, de in jus vocando, et ne quis eum, qui in jus vocatus est, vi eximat (1). Album praetoris erat tabula dealbata, in qua singulis annis praetores edicta sua proponebant: proinde actio de albo corrupto datur adversus eum, qui albòm praetoris corruperit, ad quingentos aureos (2), atque haec, cum ad publicam caussam spectet, cuilibet de populo competebat. Actio de in jus vocando, seu potius non vocando competit patri, vel patrono adversus filium, vel libertum, a quo in jus vocati fuerint, venia minime petita (3). Postrema conveniuntur illi, qui vi impediunt, ne quis in jus vocatus eat (4).

(1) §. *Poenales quoque* 12. *institut. hoc tit.*
(2) *L. Si quis id* 7. *ff. de jurisdiction.* (2. 1.)
(3) *D.* §. 12. *instit. hoc tit.*
(4) *D.* §. 12., *et l.* 1., *et passim ff. ne quis eum, qui in jus vocabit.* (2. 7.)

§. 324.

Tertia actionum diviso a Justiniano proposita est in persecutorias, poenales, et mixtas (1), hoc est rei simul, et poenae persecutorias. Persecutoriae appellantur, quibus id persequimur, quod nobis abest: quales sunt actiones in rem, nec non omnes ex contractu descendentes, si excipiatur actio depositi miserabilis, quae in duplum datur contra inficiantem; et ita fit mixta (2). Poenales sunt, quibus solam poenam persequimur, veluti actio furti sive manifesti in quadruplum, sive non manifesti in simplum, atque tota haec poenalis est, quia adhuc competit domino rei per furtum ablatae vindicatio (3): mixta est, idest poenam simul, et rem persequitur actio vi bonorum raptorum, et legis Aquiliae; quia in quadruplo, vel duplo rei persecutio, seu aestimatio continetur (4).

(1) §. *Sequens* 16. *instit. hoc tit.*
(2) §. *Rei persequendae* 17. *instit. hoc tit.*
(3) §. *Ex maleficiis* 18. *instit. hoc titul.*
(4) §. *Vi autem bonorum* 19. *instit. hoc tit.*

Inst. l. 4. tit. 4. ff. l. 44. tit. 7. Cod. l. 4. tit. 10.

§. 325.

Praetermittendum putamus actionum divisionem in quadruplum, triplum, vel duplum (1); cum hae plerarumque gentium moribus exoleverint: quare progredimur ad quartam actionum speciem, quae sub se continet actiones bonae fidei, stricti juris, et arbitrarias (2). Bonae fidei actiones dicuntur illae, in quibus licet judici aestimare, quid alter alteri ex aequo, et bono praestare debeat, bonae fidei sunt omnes actiones, quae ex contractibus nominatis nascuntur, excepto mutuo, stipulatione, et litterarum obligatione (3): contractus vero innominati, cum omnes sint stricti juris praeter permutationem, et contractum aestimatorium, seu eum, quo res aestimata alicui vendenda datur ea lege, ut res, vel aestimatio praestetur (4), actiones, quae ex illis profluunt, stricti quoque juris sunt.

(1) *De quibus in* §. *Omnes autem* 21., *et seqq. instit. hoc tit.*
(2) §. *Actionum* 28., *et* §. *Praeterea* 31. *instit. hoc tit.*
(3) *D.* §. 28, *et* §. *In bonae fidei* 30. *instit. hoc tit.*, *Fab. cod. si cert. petat. lib.* 4. *tit.* 2. *def.* 6. *in princ.*
(4) *V. ff. lib.* 19. *tit.* 3. *de aestimatoria.*

§. 326.

Stricti juris actiones appellantur, in quibus judex ex stricto conventionis jure pronunciare debet, ita ut nec augere, nec minuere ex aequo, et bono possit id, quod debetur: eaque pariunt judicia, seu negotia stricti juris, quae modo commemoravimus (1). Nec temere inducta est differentia inter actiones bonae fidei, et stricti juris, cum eam postulet natura ipsa contractuum, ex quibus proficiscuntur: nimirum contractus, qui ultro citroque obligationes pariunt, latius interpretari decet, ut praestetur non tantum, quod verbis expressum est, sed etiam, quod convenit praesumptae voluntati contrahentium, de quorum re agitur: contra conctractus ex uno tantum latere devincientes, veluti mutuum, stipulatio, strictiorem postulant interpretationem, ne extra demonstratos limites producantur.

(1) *Fab. cod. si cert. petat. lib.* 4. *tit.* 2. *d. defin.* 6. *in princip.*

§. 327.

Arbitrariae actiones sunt, quae a judicis arbitrio, prudenti utique, omnino pendent (1). Ad hanc speciem pertinent actiones de eo, quod certo loco dari oportet (2); quippe in his permittitur judici aestimare, quanti litigantium intersit, alio potius, quam constituto loco solvi (3): et aliae, quas enumerat Justinianus (4).

(1) *D.* §. *Praeterea* 31. *institut. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 2. *defin.* 6. *num.* 3., *et seqq.*
(2) *L. Arbitraria* 2., *l. Si haeres* 5., *et seqq. ff. de eo, quod cert. loc.* (13. 4.)
(3) *L.* 1., *et* 2. *ff. eod. tit.*
(4) *D.* §. 31. *institut. hoc tit.*

§. 328.

Quinto loco ita distinguit Justinianus actiones, ut quaedam sint, quibus solidum petimus: aliae, quibus minus solido postulamus (1); seu potius, ex quibus contra intentionem minus solido consequimur; quod contingit in actionibus adversus patrem, aut dominum de peculio servi, aut filiifamilias, si forte minus in peculio sit, quam debetur (2): et quoties agitur adversus debitores, qui gaudent beneficio, ut ajunt, competentiae, seu qui tantummodo condemnantur in id, quod facere possunt, deducto, quod ipsis necessarium est, ne egeant: puta maritus ad dotem mulieri restituendam

Inst. l. 4 tit. 4. ff. l. 44 tit. 7. Cod. l. 4. tit. 10.

conventus (3). Idem beneficium competit parenti, patrono, socio, donatori (4), et debitori, qui bonis cessit; hic nempe, si deinceps bona acquirat, nonnisi in quantum facere potest, condemnatur (5). Huc quoque refert Justinianus compensationem (6), sed minus proprie, cum compensatio loco solutionis sit: ita ut vere solvere videatur, qui compensat (7).

(1) §. *Sunt praeterea* 36. *instit. hoc tit.*
(2) *D.* §. 36. *in med.*
(3) §. *Item, si* 37. *instit. hoc tit.*
(4) §. *Sed et si quis* 38. *instit. hoc tit.*
(5) §. *ult. instit. hoc tit.*
(6) §. *penult. instit. hoc tit.*
(7) *L. Verum est* 4. *ff. de compensat.* (16. 2.)

§. 329.

Recensitis actionum divisionibus aliae adjungi possunt; puta in directas, et contrarias, vel utiles. Directa actio duplici sensu dicitur, prout opponitur contrariae, vel utili. Primo sensu directa appellatur actio ei competens, cujus potissimum interest: prout in commodato, deposito, pignore; directa datur commodanti, deponenti, debitori pignoratitio, ut rem repetant, et damna, si quae fortassis illata sint alterius culpa, uti contraria prodest commodatario, depositario, et creditori ad repetendas impensas in rem factas. Altero sensu directa appellatur actio, quae ex verbis legis descendit; utilis, quae ex legis sententia, suadente aequitate, datur.

§. 330.

Ad haec quaedam actiones perpetuae sunt, quaedam temporales. Perpetuae non eo sensu dicuntur, quod nullo tempore extinguantur, sed quia durant per triginta annos, vel etiam quadraginta ex legum Romanarum sententia (1): aliae brevioris temporis spatio praescribuntur, prout diximus, agentes de tempore ad praescribendum requisito.

(1) *L. Sicut in rem* 3., *et seq. cod. de praescript. XXX., vel XL. annor.* (7. 39.)

§. 331.

His addi potest, quasdam actiones haeredi, et in haeredem dari: quasdam haeredi, sed non contra haeredem: alias nec haeredi, nec in haeredem. Haeredi, et in haeredes dantur actiones omnes, quibus rem persequimur (1). Haeredi prosunt, sed non contra haeredem actiones mere poenales, vel poenales mixtae quantum ad poenam, excepta injuriarum actione, quae tum haeredi, tum contra haeredem denegatur; aliisque similibus (2), puta actione in factum de calumniatoribus (3); de in jus vocando, seu vocato parente, vel patrono, venia prius non obtenta (4), de donatione ob ingrati animi vitium revocanda (5).

(1) *Princ. instit. de perpet., et temporalib. actionib.* (4. 12.)
(2) §. 1. *instit. eod. tit.*
(3) *L. Haec actio* 4., *et seq. ff. de calumniatorib.* (3. 6.)
(4) *L. penult. ff. de in jus vocand.* (2. 4.)
(5) *L.* 1. *in fin.*, *l. ult. prop. fin. cod. de revocand. donationib.* (8. 56.)

§. 332.

Si tamen lis cum defuncto jam contestata sit, etiam poenales actiones haeredi competunt, atque in haeredes rei transeunt (1); quia per litem contestatam omnes actiones perpetuae fiunt (2): idem est, si aliquid ex dolo defuncti ad haeredem pervenerit (3). Jure canonico, quod, utpote naturali rationi suffultum, hodierni mores probant, haeres ex dolo defuncti contrahentis, vel delinquentis in solidum erga laesum tenetur, licet nihil ad eum inde pervenerit (4).

(1) *D.* §. 1. *in fine instit. de perpet., et temporalib. action.* (4. 12.), *l. Omnes poenales* 26. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Sciendum* 58. *ff. hoc tit.*

(3) *L. In haeredem* 5. *ff. de calumniatorib.* (3. 6.)

(4) *Voet in ff. hoc tit. num.* 15. *in fine.*

Inst. l. 4. tit. 4. ff. l. 44. tit. 7. Cod. l. 4. tit. 10.

§. 333.

Si quaeratur, an in plurium actionum concursu una alteram perimat, distinguendum est. 1. An plures concurrant actiones rei persecutoriae. 2. An una sit persecutoria, altera mere poenalis. 3. An cum persecutoria concurrat poenalis mixta. 4. An duae mere poenales. 5. An mere poenalis cum poenali mixta.

§. 334.

Pluribus ex eadem caussa concurrentibus actionibus rei persecutoriis, una intentata, perit altera, nisi secunda utilior sit, quam prima; vel alterius contractus firmandi caussa stipulatio poenalis interposita fuerit. Exemplum regulae est in actione ex testamento pro consequendo legato; si legatarius hac semel egerit, sive vicerit, sive condemnatus fuerit, amplius agere nequit nec hypothecaria, nec vindicatoria (1): in actione pro socio cum actione communi dividundo pro personalibus praestationibus (2): quod si altera actione utilior sit, per priorem non perimitur, veluti in actione commodati, locati (3), et pro socio (4), si simul concurrat condictio furtiva.

(1) *L. Cum filius* 76. §. *Variis* 8. *ff. de legat.* 2. (31. 1.), *l.* 1. *in fine cod. commun. de legat.*, *et fideicom.* (6. 43.)

(2) *L. Pro socio* 38. §. 1. *ff. pro soc.* (17. 2.)

(3) *L. Qui servum* 34. §. 1., *et* 2. *ff. hoc tit.*

(4) *L. Sed si ex caussa* 47. *ff. pro socio.*

§. 335.

Altera regulae exceptio est, cum stipulatio poenalis ad firmandum contractum intercessit (§. praeced.); stipulator potest vel id, quod amplius interest, petere actione, quam parit contractus, si poena ex stipulatione jam exacta minor sit, quam quanti revera interest: vel post motam actionem ex contractu ad id, quod interest, amplius petere, quod continetur in stipulatione poenali ultra id, quod vere interest (1): quod tamen usu fori non probari, alibi demonstravimus; cum poenae conventionales non sustineantur, nisi quatenus stipulatoris interest, ut alibi diximus (2). Idem traditur de duabus actionibus, quae ab initio separatim constiterint; puta si ille, qui fundum Cornelianum stipulatus fuerat, haeres extiterit ei, cui eadem res legata fuit (3).

(1) *L. Si quis a socio* 41. *ff. pro soc.* (17. 2.), *l. Praedia* 28. *ff. de actionib. empt.* (19. 1.)

(2) *V. Tom. IX.* §. 1028. *pag.* 263.

(3) *L. Si is, qui* 18. *ff. hoc tit.*

§. 336.

Nec una actio alteram perimit, si rei persecutoria concurrat cum mere poenali, prout contingit in actione furti cum rei vindicatione, commodati, vel pro socio (1): sed si actio persecutoria concurrat cum poenali mixta, una alteram consumit quantum ad rem, non quoad poenam (2). Actio mere poenalis alteram mere poenalem extinguit, nisi in altera, qua nondum actum est, plus sit (3). Demum, si concurrat actio mere poenalis cum poenali mixta, una alteram perimit quantum ad poenam, nisi plus sit in ea, quae nondum intentata est, non quantum ad rem (4).

(1) *L. Qui servum* 34. §. *ult. ff. hoc tit.*, *l. Rei communis* 45. *ff. pro soc.* (17. 2.), §. *ult. instit. de oblig.*, *quae ex delict.* (4. 1.)

(2) *L. In haeredem* 5. §. 1. *ff. de calumniatorib.* (3. 6.)

(3) *Argum. l.* 1. *ff. de vi bonor. raptor.* (47. 8.)

(4) *D. l.* 1., *l. Si quis egerit* 88. *ff. de furt.* (47. 2.)

Inst. l. 4. tit. 4. ff. l. 44. tit. 7. Cod. l. 4. tit. 10.

§. 337.

Quod si forte concurrant actiones poenales mixtae, una alteram perimit; nisi plus sit in posteriore (1): atque hoc sensu explicandus est Hermogenianus ajens, *cum ex uno delicto plures nascuntur actiones . . . . . . omnibus experiri permitti, post magnas varietates obtinuit* (2): videlicet id permitti, quatenus posterior actio pinguior est. Atque eadem fieri debet interpretatio alterius regulae, juxta quam *nunquam actiones praesertim poenales de eadem re concurrentes alia aliam consumit* (3). Sed in his ultra non immoramur; quia hodiernis fori moribus vix conveniunt.

(1) *L.* 1. *ff. arbor. furtim caesar.* (47. 7.)

(2) *L. Cum ex uno* 32. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Nunquam* 130. *ff. de reg.*, *l. pen. ff. hoc tit.* (50. 17.)

§. 338.

In quaestione, an plures actiones simul uno libello cumulari possint, respondemus, jure quidem Romano non posse (1); quod tamen reo conceditur (2): quippecujus caussa favorabilior habetur (3): nisi forte incertum sit, qua actione sit experiendum (4); vel actor petitorio simul, et possessorio apud eundem judicem experiri velit (5).

(1) *L. Qui servum* 34. *ff. hoc tit.*, *l. Cum filius* 76. §. *penult. ff. de legat.* 2. (31. 1.)

(2) *L. Is, qui dicit* 5., *l. Nemo* 8. *ff. de exceptionib., et praescript.* (44. 1.)

(3) *L. Favorabiliores* 125. *ff. de R. J.*

(4) *L.* 1. §. *Quia autem* 4. *ff. quod legator.* (43. 3.)

(5) *L. Naturaliter* 12. §. 1. *ff. de acquir. possession.* (41. 2.)

§. 339.

Verum hodie passim in foro receptum ex praescripto juris canonici (1), ut plures uno libello actiones cumulare liceat (2), nisi contrariae sint, atque, ut ajunt, incompatibiles (3): quinimmo, etiamsi actionum nomina libello expressa non fuerint, tamen, ait post alios Voet, tot sunt actiones, quot sunt facta diversa enarrata, ex quibus diversae oriuntur actiones; ita ut, licet naturaliter unus sit libellus, civiliter tamen tot videantur, quot actiones una scriptura comprehensae sunt (4); quemadmodum pro rerum in stipulationem deductarum numero totidem interpositae videntur diversae stipulationes (5).

(1) *Cap. Cum dilectus* 6. *extra Decret. Greg. de causs. possession., et proprietat.* (2. 12.)

(2) *Voet in ff. de edend. lib.* 2. *tit.* 13. *num.* 14. *fer. in princip.*

(3) *Fab. cod. unde vi lib.* 8. *tit.* 3. *def.* 8.

(4) *Voet in ff. de edend. d. num.* 14. *fer. in med.*

(5) §. *Quoties* 18. *ff. de inutilib. stipulat.* (3. 20.), *l. Scire* 29. *ff. de verb. oblig.* (45. 1.)

§. 340.

Hinc cumulari potest petitio haereditatis cum judicio familiae erciscundae, ita tamen, ut de illa prius pronuncietur: persecutio fideicommissi quasi impleta conditione per mortem ejus, qui a multo tempore absens est, si mors ejus negetur, cum petitione curationis bonorum, dummodo alternatim proponantur (1); utraque enim in suo casu vires exerere potest. Idem dicendum de actione personali cum hypothecaria (2). Sed cumulari nequeunt, uti jam innuimus (§. praeced.), actiones contrariae, veluti petitio haereditatis ex testamento cum actione ab intestato; nisi forte alternatim, vel ut ajunt pragmatici, *subordinate.* Neque cumulare licet plures actiones contra diversos debitores ex diversis caussis; alioquin magna confusio oriretur; utique vero si ex eadem caussa simul debeant (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 7. *defin.* 2.

(2) *Fab. cod. de pignorib. lib.* 8. *tit.* 6. *defin.* 22.

(3) *Voet in ff. de edend. lib.* 2. *tit.* 13. *d. num.* 14. *in fin.*

§. 341.

Superest generatim expendendum, qui agere possint: adversus quos agi queat. Generatim dicimus; quae enim specialia sunt cujusque negotii, oblata occasione, tradidimus, et de diversis speciebus actionum, quas in hoc titulo summatim commemoravimus, quasque fusius explicabimus, agentes trademus. Inst. l. 4. tit. 10. ff. l. 3. tit. 3. Cod. l. 2. tit. 13.

TITULUS II.

Qui agere possint, et adversus quos, sive de procuratoribus.

Instit. lib. 4. tit, 10. *De his, per quos agere possumus.*
Digest. lib. 3. tit. 3. } *De procuratoribus.*
Cod. lib. 2. tit. 13. }

SUMMARIA.

Olim quisque suo nomine experiri cogebatur: deinde permissum fuit procuratoris opera uti: immo alicubi praeceptum. §. 342., *et* 343.

Patroni onus postulandi pro quocumque suscipere debent, nisi justa caussa excuset. §. 344.

Quae sint de procuratoribus expendenda? §. 345.

Procuratores ad agendum constituere possunt omnes, quibus agere licet. An filiifamilias, et mulieres? §. 346.

Tutores, et curatores procuratorem hodie constituere possunt quocumque tempore, periculo tamen suo. §. 347.

An procurator ad lites alium procuratorem sine mandato substituere possit? §. 348.

An facultas haec competat procuratori generatim pro administratione posito? §. 349.

Procurator in prima instantia constitutus censetur habere mandatum ad appellandum, non ad appellationem prosequendam. §. 350.

Procurator generatim positus ad omnes caussas non intelligitur datus ad lites tutorio nomine exercendas. Quid de substituto a procuratore, tum ad actum litis speciatim dato? §. 351.

Mandatum in judicio exhibendum est: nec non tutelae, vel curae actus. §. 352.

Exceptio procuratoria ante omnia definienda est. §. 353.

Ratihabitio gestorum per procuratorem mandato aequiparatur: sed non inducitur ex appellatione a sententia adversus eum lata. §. 354., *et* 355.

Procuratoris officio qui fungi possint tum regio, tum Romano jure? §. 356.

Conjunctis personis, consortibus ejusdem litis, et marito pro uxore absque mandato agere licet ex sententia jureconsultorum. §. 357.

Cautio de rato praestanda est, cum dubitatur de mandato. Quid de defensore? §. 358.

Procuratoris ad lites officio fungi nequeunt rei graviorum criminum, infames, foeminae. §. 359.

Mulieres, et milites mandatum ad lites habere possunt, dummodo vicaria in judicio procuratoris opera utantur. §. 360.

An minoribus permitti possit, ut procuratorum ad lites officio fungantur? §. 361., *et* 362.

An quis invitus procurator ad lites esse cogatur; vel susceptum officium implere? §. 363., *et* 364.

Procurator a primo judice condemnatus appellare tenetur, si iniqua videatur sententia: non appellationem prosequi, nisi generale mandatum habuerit. §. 365.

Inst. l. 4. tit. 10. ff. l. 3. tit. 3. Cod. l. 2. tit. 13.

Procurator ad agendum datus mandantem, qui reconveniatur, defendere tenetur. §. 366
Procurator in caussis omnibus civilibus intervenire potest. An dominus jussus, ut liti adsit, mittere possit procuratorem plenissimo mandato instructum? §. 367.
An procurator in caussis criminalibus admittatur? §. 368., *et* 369.
Quid de caussis popularibus? §. 370.
Procurator caussam diligenter tractare debet; ejusque dolus domino nocet in re mandata, non ultra. §. 371., *et* 372.
Procurator generalis est, vel specialis: generalis vel cum libera bonorum administratione constitutus est, vel sine ea. §. 373., *et* 374.
Filiifamilias, et servi, quibus peculii administratio seorsim data sit, censentur habere mandatum cum libera bonorum administratione. §. 375.
Procuratores absque libera bonorum administratione plura facere possunt, non tamen omnia, quae ab ampliore cum libera mandati forma pendent. §. 376., *et* 377.
Procurator cum libera potest jusjurandum deferre, atque transigere. §. 378.
An eadem facultas competat procuratori generali, sed sine libera mandatum habenti? §. 379., *et* 380.
Procurator bonorum omnium simplicem administrationem habens pacisci potest, et paciscendo nocere. §. 381.
Transactio a syndico universitatis inita sine mandato impugnari nequit sine mandato a procuratore ad lites. §. 382.
Procurator generalis etiam cum libera donare non potest: adeoque nuda ejus confessio de soluta pecunia, aut remissio chirographi domino non nocet. §. 383.
Qui in rem suam procurator dicatur? §. 384.
Cessio, invito debitore, fieri potest, sed actor non cogitur suscipere defensorem. §. 385.
Judicati actio datur adversus procuratorem in rem suam. Quid de universitatum administratoribus? §. 386.
Procurator ad lites potest accipere donationem omnium bonorum a cliente. An valeat pactum procuratoris, ut indemnis servetur pro sumptibus ex ipsa pecunia, quae petitur? §. 387.
An procurator, vel advocatus posterioris creditoris possit accipere jus anterioris, quis liti non adfuit, donationis, vel contractus onerosi jure? §. 388.
Procurator ad negotia emere potest a domino. Idem jus competit advocato, vel procuratori ad lites in re, de qua lis nulla pendet. §. 389.
Procuratoris officium cessat morte, nisi substitutus ipsius vices gerere possit Quid si decesserit procurator generalis, qui alium substituit? §. 390.
Quid si dominus citatus ad constituendum novum procuratorem in locum defuncti in jus non veniat? §. 391.
Mortuo mandante, procurator, re non amplius integra, adhuc agere, vel defendere potest. §. 392.
Haeredes mandante defuncto, plerumque citandi sunt, ut litem prosequantur. §. 393.
Procurator universitatum novo mandato non indiget, licet administratores omnes immutati fuerint. §. 394.
Revocatione extinguitur procuratoris officium, nisi quis in rem suam procurator datus sit. §. 395.
Procurator non censetur ex eo solo revocatus, quod rationes reddiderit: nec mandatum generale praesumitur revocatum per posterius speciale. §. 396.
Quid si caussa per sententiam definitivam decisa fuerit? §. 397.
Officium semel susceptum procuratores, nisi ex justa caussa, deserere nequeunt, potissimum in executione judicati. §. 398., *et* 399.
Quae sint justae deserendi officii caussae? §. 400.

Inst. l. 4. tit. 10. ff. l. 3 tit. 3. Cod. l. 2. tit. 13.

Obligatio personalis ex chirographo descendens exercenda est adversus eum, qui obligatus est, non adversus possessores bonorum; nisi chirographum recognitum fuerit. §. 401.

Quid si duo de feudi dominio contendant, quod ab alio possideatur? §. 402.

Provisionalis adjudicatio non semper fit favore ejus, qui publico contractu nititur, si aliqua sit praesumptio jam factae solutionis. §. 403.

Expensae a procuratore in rem suam factae non repetuntur. §. 404.

§. 342.

Quamquam olim suo nomine experiri oportebat, nec permittebatur aliena opera uti, paucis exceptis casibus, idest pro populo, pro libertate, pro tutela, et similibus: quia tamen gravia hinc orirentur incommoda; cum saepe contingeret, ut quis morbo, aetate, longis peregrinationibus, aliisve similibus caussis impediretur, ne res suas prosequi posset, receptum fuit, ut per procuratores agere liceat (1): immo ulterius progressum est, atque statutum, ut illustres personae procuratoris opera uti teneantur, sive agendo, sive defendendo (2).

(1) *Princ. inst. hoc tit.*

(2) *L. Quicumque* 25., *et Auth. seq. cod. hoc tit.*

§. 343.

Sanctionem Romani juris de solis illustribus personis latam (§. praeced.), fori usus apud plerasque gentes (1), atque speciatim apud nos lex municipalis ad omnes fere protraxit: ea quippe cautum, ut nemo cujuscumque gradus, aut conditionis sit, in judicio stare possit, sive actoris, sive rei partibus fungatur, nisi per publicum procuratorem, vel notarium, si in judicii loco nullus publicus procurator sit; atque non nisi procuratoribus, et notario deficientibus indultum, ut litigantes ipsi in judicium veniant (2).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 1.

(2) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 4. §. 2., *et seqq.*

§. 344.

Alicubi etiam usu receptum, nec immerito, ut litigantes in gravioribus momenti caussis, quae apud supremas curias aguntur, tum procuratoris, tum insuper advocati opera uti teneantur, ne alioquin potius imperitia, quam caussae suae injustitia succumbant (1): quod tamen apud nos statuere non placuit: praescriptae tantummodo sunt quaedam leges prius implendae, quam advocati caussas in foro agere possint (2); atque cautum sub poena, ne lites defendendas temere suscipiant, vel susceptas prosequantur; atque simul injunctum onus postulandi pro quocumque, nisi justa caussa excuset (3).

(1) *Voet in ff. hoc tit. d. num.* 1. *in med.*

(2) *Reg. Constit. lib.* 2. *tit.* 9. §. 1., *et* 2.

(3) *V. R. Constit. ibid.* §. 3., *et seq. ad fin.*

§. 345.

Hisce praemissis breviter expendendum. 1. Qui possint procuratorem constituere. 2. Quibus liceat procuratoris officio fungi. 3. Quibus in caussis procuratores adesse possint. 4. Quae sit eorum auctoritas. 5. Quae negotia procuratoribus cum cliente permittantur. 6. Quibus modis, vel casibus cesset procuratoris officium. Postremo quaedam adjicimus, quae alibi commode tradi non potuerunt.

§. 346.

Procuratores constituere possunt omnes ad agendum, qui agere possunt: adeoque non tantum patres, sed et filiifamilias in caussis, in quibus ipsi agere, vel conveniri possunt (1): nimirum in peculiis castrensibus, quasi castrensibus, et adventitiis irregularibus, sive quorum ususfructus ad patrem non pertinet (2), non in caeteris: mulieres

Inst. l. 4. tit. 10. ff. l. 3. tit. 3. Cod. l. 2. tit. 13.

eodem jure utuntur pro bonis extra dotem positis, quippequorum plenum dominium habent: in dotalibus vero consensus mariti accedere debet (3).

(1) *L. Filiusfamilias* 8. *ff. hoc tit.*

(2) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 4. §. 10.

(3) *R. Constit. d.* §. 10. *in fin.*

§. 347.

Minores, et impuberes absque curatoris, vel tutoris auctoritate procuratorem constituere nequeunt (1); si tamen procuratores ita electi in judicio vicerint, minoribus prodest sententia (2). Sane tutoribus, et curatoribus licet procuratorem constituere apud quemcumque judicem, et quocumque judicii tempore, sive pupilli, aut minores agant, sive conveniantur, quin necessarium sit judicis decretum; periculo tamen suo, non eorum, quorum bona administrant (3): quamquam jure Romano tutoribus, et curatoribus non nisi post litis contestationem, ex qua censebantur facti domini litis, potestas haec indulgebatur (4).

(1) *L. Neque tutores* 11. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Non eo minus* 14. *cod. hoc tit.*

(3) *Reg. Constit. d. lib.* 3. *tit.* 4. §. 11. *Voet in ff. hoc tit. num.* 2. *in med.*

(4) *L. Quod quis* 8., *l. Neque tutores* 11., *l. Nulla* 23. *cod. hoc tit.*

§. 348.

Difficilior est quaestio de procuratore ad lites dato, an ipse alium procuratorem sine mandato domini eligere possit. Si lis cum eo jam contestata sit, extra dubium putat Voet post alios, facultatem substituendi competere procuratori ad lites, etiam sine mandato (1), exemplo procuratoris ad negotia extrajudicialia dati, cui haec potestas jure Romano tribuitur (2): quinimmo idem probabilius defenditur, lite etiam nec dum contestata, quamquam convenientius jure Romano litis contestatio exigatur (§. praeced.): atque hinc placuit Sabaudo Senatui, procuratorem ad omnes caussas generatim constitutum cogi posse, ut specialem procuratorem in aliqua caussa eligat: futurum alioquin, ut dominus pro contumaci habeatur; quem ipse indemnem servare tenebitur, quem defendere noluit (3). Sed haec hodiernis moribus non omnino convenire quidam putant (§. 20.)

(1) *Voet in ff. hoc tit. d. num.* 2. *post med.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 8. *def.* 24.

(2) *L. Si procuratorem* 8. §. *Si quis* 3. *ff. mandat.* (17. 1.)

(3) *Fab. cod. hoc tit. def.* 25.

§. 349.

Nec omnino certum est, an procurator generatim pro administratione positus procuratorem ad lites sua sponte constituere possit. Quaestio haec ex mandati natura, seu finibus pendet. Si procuratori datum sit mandatum generale cum libera administrandi potestate, fatentur omnes, procuratorem ad lites ab eo jure constitui, cum debita exigere possit (1), pacisci, et paciscendo nocere aeque ac prodesse (2): sed si procuratori utique mandatum sit, ut administret, non vero, ut litiget; perperam contenderet jus sibi minime competens in alium transferre (3).

(1) *L. Procurator* 58. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Rescriptum* 10. §. *ult.*, *et duob. seqq. ff. de pact.* (2. 14.)

(3) *Argum. l. Liberto* 31. §. *penul. ff. de negot. gest.* (3. 5.)

§. 350.

Atque hinc, ut obiter dicamus, procurator datus ad redimendas ex pacto res venditas redimere etiam potest eas, quae pure venditae fuerunt, vel quarum redimendi tempus jam praeterierit, si ex caussa laesionis adhuc redimi possint (1); ex praesumpta mandantis voluntate, in cujus utilitatem redimit. Neque procurator apud nos constitui potest ad judicium dumtaxat declinandum, non ad caetera in judicio peragenda (2),

Inst. l. 4. tit. 10. ff. l. 3. tit. 3. Cod. l. 2. tit. 13.

licet jure Romano aliud obtinuisse videatur (3). Sane procurator in prima instantia constitutus censetur utique habere mandatum ad appellandum, non ad appellationem prosequendam (4); quamquam aliud placuisse videtur Fabro (5). Hinc sufficit exhibuisse mandatum in prima instantia, si appellatum sit a sententia interlocutoria (6).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit.* 8. *def.* 12.

(2) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 4. §. 7.

(3) *L. Si procurator* 10. *cod. hoc tit.*

(4) *L. Invitus* 17. *cod. hoc tit. V. infra* §. 365.

(5) *Argum. l. Qui proprio* 46. §. *Item quaeritur* 3., *l. Qui procuratorem* 57. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. definit.* 17.

(6) *Fab. cod. hoc tit. def.* 9.

§. 351.

Sed si generatim constitutus fuerit a Titio etiam ad omnes caussas, non intelligitur datus ad lites, quas Titius tutorio nomine potuit exercere, nisi aliud constet (1); quia alia est caussa Titii tamquam Titii, alia tamquam tutoris. Quemadmodum nec ille, qui litem exercuit tamquam substitutus a procuratore ad litem dato, si deinde procurator ad aliquem actum in eadem lite specialiter constituatur, et mandatum quasi procurator impleverit, defuncto procuratore non potest videri constitutus ad reliquam litem peragendam (2), licet mandato contineatur ratihabitio retrogestorum; cum haec ad futura non pertineat, nec enim ratum haberi potest, quod nondum gestum est.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 8. *def.* 26.

(2) *L.* 1. §. 1. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. def.* 28.

§. 352.

Neque sufficit habere mandatum, sed illud legitime datum in judicio exibendum est (1): insuper tutelae, vel curae actum exibere debet procurator a tutore, vel curatore constitutus (2); atque exceptio, quae forte objiciatur adversus mandatum, aut conditionem tutoris, curatoris, vel administratoris, tamquam praejudicialis, intra decem dies primum definienda est (3): quod si procurator mandatum non exhibeat, nec judici mandati editionem praecipienti pareat, condemnandus est in id omne, quod adversarii intererit: sed dominus, cum indefensus sit, condemnari nequit, nisi ei possit imputari, cur alium procuratorem non elegerit, vel curaverit mandatum exhiberi (4).

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 4. §. 4., *Fab. cod. qui legitim. person. etc. lib.* 3. *tit.* 5. *def.* 1.

(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 19.

(3) *Reg. Constit. ibid.* §. 9.

(4) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 8. *defin.* 11.

§. 353.

Hinc, si reus exceptionem, ut ajunt, procuratoriam objiciat, atque actor contendat, se legitimum procuratorem esse, recte tradit Faber, prius judicem cognoscere debere de hac re, tametsi ea opposita fuerit discusso principali negotio; atque in ipso calculo ferendae sententiae (1); ita ut possit appellari a sententia judicis, qui jusserit ad se deferri acta litis in omnem eventum, tamquam mox judicaturus de omnibus controversiis, cum injuria fiat illi, qui cogitur litigare cum falso procuratore, et inanes impensas facere. Sane si per calumniam haec exceptio opposita fuerit, expensae litis appellatoriae calumniatori adjudicandae non sunt (2).

(1) *L. Licet in princip.* 24. *cod. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 8. *defin.* 15. *in princ.*

(2) *Fab. d. definit.* 15. *num.* 2., *et seqq.*

§. 354.

Sed quid, si ille, qui tamquam procurator, sed sine mandato instituit, aut excepit udicium, deinde mandatum proferat cum ratihabitione eorum, quae prius gesta sunt?

Inst. l. 4. tit. 10. ff. l. 3. tit. 3 Cod. l. 2. tit. 13.

Cum ratihabitio generatim comparetur mandato (1), dummodo facta sit ante sententiam, vel post eam, si appellatum sit (2); cum provocatio rem reducat ad terminos litis contestatae, absolvendus est procurator, nec ulla eo nomine expensarum restitutio peti potest, cum nihil intersit adversarii, actis per ratihabitionem confirmatis (3).

(1) *L. ult. cod. ad Senat. Consult. Macedon.* (4. 28.)
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 8. defin. 10. allegat. 4.* ✠
(3) *Fab. cod. hoc tit. d. defin. 10. in princip.*

§. 355.

Non tamen censetur ratos habere actus a falso procuratore gestos, qui a sententia adversus eum lata, cum ex caussa judicati conveniretur, appellavit; postquam receptum est, ut a sententia etiam nulla appellandum sit (1) contra juris rationem (2): ex actu necessario juxta vulgatum axioma non colligitur voluntas (3). Aliud dicendum, si sponte appellaverit; quippe ita probare videretur, quod falsus procurator gessit, nisi per errorem, vel imperitiam provocasset (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 8. def. 19. in princ., et num. 2. in allegat.*
(2) *L. Si expressim 19. ff. de appellationib., et relat.* (49. 1.)
(3) *L. Valle 4., l. Quae propter 162. ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(4) *Fab. cod. hoc tit. d. def. 19.*

§. 356.

Pertinent haec ad personas, quibus licet procuratorem constituere. Sequitur disputatio de iis, qui procuratoris officio fungi possunt. Supra diximus (§. 343.), apud nos procuratorem eligi debere unum ex illis, qui publice hoc munus sustinent (1): his deficientibus in loco, ubi lis pendet, notarium, nec nisi in notarii defectum posse litigantes in judicium venire (2). Jure Romano constitui potest quivis minime prohibitus, sive pater, sive filiusfamilias (3); quippequi in publicis caussis pro patrefamilias habetur.

(1) *Reg. Constit. lib. 3. tit. 4. §. 2.*
(2) *Reg. Constit. ibid. §. 3.*
(3) *L. Filiusfamilias 8. ff. hoc tit.*

§. 357.

Immo Romanae leges conjunctis personis, quales sunt liberi, parentes, fratres, sine mandato agere permittunt (1): consors ejusdem litis pro consortibus, dummodo hi litem contestati fuerint (2), et de rato caveant (3): maritus pro uxore etiam sine cautione de rato in paraphernalibus (4); dummodo non sit contraria voluntas ejus, pro quo conjuncta persona absque mandato agit (5): puta, si uxor certam caussam marito mandaverit, caeteras prohibuisse intelligitur (6); nec de extraordinariis juris remediis, veluti restitutione in integrum tractetur; haec quippe a solo patre pro filio sine mandato potest implorari (7).

(1) *L. Sed et hae 35. ff. hoc tit., l. Exigendi 12. cod. hoc tit.*
(2) *L. ult. cod. de consor. ejusd. lit.* (3. 40.)
(3) *D. l. 2., l. Maritus 21. cod. hoc tit.*
(4) *L. ult. cod. de pact. convent.* (5. 14.)
(5) *L. Pomponius 40. §. ult. ff. hoc titul.*
(6) *D. l. 2. in fine cod. hoc tit.*
(7) *L. Patri 27. ff. de minoribus* (4. 4.)

§. 358.

Si dubitetur, an mandato instructae sint personae, quae sine eo ad agendum non admittuntur, de rato caveri oportet (1): ut et si dubium esse possit, an mandatum sufficiens sit, puta quia generale, cum speciale requiratur, prout in restitutione in integrum (2), nunciatione novi operis (3): sed, si certo constet de sufficienti mandato,

nulla cautio praestanda est (4). Regio jure statutum, ne procurator in judicio admittatur, nisi a cliente coram actuario, vel scriba caussae constitutus sit, vel mandatum authenticum exhibeat (5). Quod si defectu necessarii mandati inanes sumptus fiant, a procuratore eos ferri aequum est (6). Defensoris munere quisquis fungi potest, modo satisdet judicatum solvi (7): nec non de rato, si defensor sit ejus, qui vindicatione convenitur (8), atque major aetate sit (9).

Inst. l. 4. tit. 10. ff. l. 3. tit. 3. Cod. l. 2. tit. 13.

(1) *L.* 1. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Quod si* 26. *ff. de minoribus* (4. 4.)

(3) *L. De pupillo* 5. §. *Qui procuratorio* 18., *l. Cum procurator* 13. *ff. de oper. novi nunciat.* (39. 1.)

(4) *D. l.* 1. *cod. hoc tit.*, *l. Si procuratorem* 65. *ff. hoc tit.*, *Fab. codic. mandat. lib.* 4. *tit.* 26. *def.* 7.

(5) *Reg. Constitut. lib.* 3. *titul.* 4. §. 4.

(6) *Argum. l. Si se non obtulit* 4. *ff. de re judicat.* (42. 1.), *Reg. Constitut. lib.* 3. *tit.* 4. §. 24.

(7) *L. Qui proprio* 46. §. *Qui alium* 2. *ff. hoc tit.*

(8) *L. Pomponius* 40. §. *Sed et is* 2. *ff. hoc tit.*

(9) *L. Minor* 51. *ff. hoc tit.*

§. 359.

Sed plures sunt, qui procuratores ad lites eligi prohibentur: nimirum rei gravioris criminis, nondum purgata innocentia (1); infames judicis auctoritate repelli possunt, licet exceptio haec a litigantibus fieri hodie non possit, nisi lites temere protelentur (2): decuriones (3); milites, nisi et in rem suam (4), vel ad communia sui muneris negotia tractanda (5): foeminae, nisi et in rem suam (6), aut pro parentibus, aetate, vel morbo impeditis, nec aliquem habentibus, qui pro iis experiatur (7): non vero pro liberis, quibus per tutores, vel curatores prospici potest (8).

(1) *L. Reum* 6. *cod. hoc tit.*

(2) §. *ult. instit. de exceptionib.* (4. 13.)

(3) *L. Si quis procurationem* 34. *cod. de decurionib.* (10. 31.)

(4) *D.* §. *ult. instit. de except.*, *l. Qui stipendia* 9. *cod. hoc tit.*

(5) *L. Filiusfamilias* 8. §. *Veterani* 2. *ff. hoc tit.*

(6) *D.* §. *ult. instit. de except.*, *l. Qui absente* 4., *l. Alienam* 18., *l. Maritus* 21. *cod. hoc tit.*

(7) *L. Foeminas* 41. *ff. hoc tit.*

(8) *D. l.* 18. *cod. hoc tit.*, *l. Liberto* 31. §. *penult. ff. de negot. gest.* (3. 5.)

§. 360.

Caeterum apposite monet Voet, sicut usu fori expeditissimum est, nec mulieres, nec milites posse solemni, ac stato procuratorum officio fungi; ita nihil prohibet, quominus mulier, et miles mandato generali cum libera, adeoque etiam ad lites exercendas, instruantur; immo et speciali ad rem aliquam in judicio prosequendam; dummodo vicaria in judicio procuratoris opera utantur; cum nemo dubitet, quominus mulier res mariti ex mandato ipsius, vel etiam alienas extra judicium administret, saltem si maritus consentiat (1).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. num.* 4., *et* 5.

§. 361.

Dissentiunt interpretes, utrum minores procuratorum ad lites officio fungi possint. Quidam affirmant (1): sed contraria sententia, quae jure canonico firmatur (2), aequior videtur; ita ut nec judex, nec adversarius minorem hunc admittere cogatur, licet possit, si malit (3); cum nec proprio nomine minores in judicio stare possint sine auctoritate curatoris (4), qui idcirco ex hac caussa minoribus etiam invitis datur (5).

Inst. l. 4. tit. 10. ff. l. 3. tit. 3. Cod. l. 2. tit. 13.

(1) *Argum. §. Justae 5. instit. quib. ex causs. manumiss. non lic.* (1. 6.)
(2) *Cap. Qui generaliter 5. in fin. extr. de procuratorib. in 6. Decret.* (1. 19.)
(3) *L. Exigendi 12. in fin. cod. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 8. defin. 30. in princ.*
(4) *L. Minor 51. ff. hoc tit.*
(5) *L. 1., et 2. cod. de in lit. dand. tutor., vel curator.* (5. 44.)

§. 362.

Cum autem, ut modo diximus (§. praeced.), minori jura non obstent, quominus procurator sit, si judicium cum eo acceptum fuerit, non ob id impugnari, aut rescindi poterit sententia, quae eum vero procuratore reddita est (1). Sane nemo dubitat, quominus minor, immo et impubes in negotiis extrajudicialibus procurator recte constituatur; etenim mandantis, non mandatarii persona inspicitur (2): sibi imputet dominus, qui talem procuratorem elegit, si forte damnum patiatur.

(1) *D. l. Exigendi 12. in fin. cod. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 8. d. defin. 30. num. 4.*
(2) *L. Denique 3. §. ult., l. Cum mandatu 23. ff. de minorib.* (4. 4.), *Fab. cod. hoc tit. d. defin. 30. in fin.*

§. 363.

Invitus plerumque nemo cogitur, si jus Romanum inspiciamus, procuratoris operam alteri praestare (1), exemplo mandati: excipitur apud nos procurator publicus, qui curator absenti judicis auctoritate detur (2): tum etiam qui a reo criminis desideretur, ut ipsum defendat in locis, in quibus nullus publica auctoritate pauperum procurator constitutus sit (3); ita suadente singulari absentis, vel rei favore; ne alioquin indefensi videantur: atque idem decretum favore pauperum in caussis civilibus, quoties procurator his defendendis publice electus juste impediatur (4).

(1) *L. Filiusfamilias 8. §. 1. ff. hoc tit., l. Invitus 17. cod. hoc tit.*
(2) *Reg. Constit. lib. 3. tit. 4. §. 15.*
(3) *Reg. Constit. lib. 4. tit. 12. §. 2.*
(4) *Reg. Constit. lib. 2. tit. 11. §. 8.*

§. 364.

Quia tamen mandatum semel susceptum implendum est, nisi justa subsit excusationis caussa (1), idcirco si procurator semel litem contestatus sit, vel quid minimum in litem gesserit, recusare non potest, quominus caetera ad litis instructionem pertinentia exequatur (2): atque apud nos cautum, ne procurator, qui ex mandato in judicium venerit, ante sententiam illud deserat: atque etiam adesse jubetur executioni judicati, quae vim habitura est, perinde ac si reo ipso praesente facta fuisset (3); atque procurator defuncti litem pro defuncto coeptam prosequi cogitur (4); quia haeres, et defunctus una persona censentur.

(1) *L. Si mandavero 22. §. ult. ff. mandat.* (17. 1.)
(2) *D. l. 8. §. ult. ff. hoc tit., d. l. 18. in fin. cod. hoc tit.*
(3) *Reg. Constit. d. lib. 3. tit. 4. §. 8.*
(4) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 8. defin. 18.*

§. 365.

Procurator a primo judice condemnatus appellare tenetur, si iniqua videatur sententia, non tamen appellationem prosequi (1); quam immo nec prosequi potest, nisi novo instruatur mandato (2), quia appellationis caussa diversa est a caussa primae instantiae, ut ajunt: vel nisi generale pro omnibus instantiis mandatum ab initio acceperit: quo casu censuit Senatus, in judicio appellationis agere posse, licet post generale mandatum speciale ad aliquam caussam obtinuerit (3); quia revocatio non facile praesumenda sit.

(1) *D. l. Invitus* 17. *cod. hoc tit.*
(2) *Thesaur. decis.* 107. *in addit.* ✠, *et lib.* 1. *quaest.* 75. *num. ult.* ✠
(3) *Thesaur. dict. decis.* 107. *num.* 3. ✠

Inst. l. 4. tit. 10. ff. l. 3. tit. 3. Cod. l. 2. tit. 13.

§. 366.

Procurator ad agendum datus mandantem quoque defendere cogitur (1), si mandans reconveniatur; quamquam apud Romanos conjuncta persona, quae ad agendum sine mandato admittebatur, dummodo de rato cavisset (2), defendere non cogebatur, si judicium omittere maluisset, et a proposita actione recedere (3).

(1) *L. Servum* 33. *§. penult. ff. hoc tit.*
(2) *L. Sed et hae personae* 35. *in princ. ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 35. *§. ult., l. Mutus* 43. *§. Poena* 4. *ff. hoc tit.*

§. 367.

Intervenire potest procurator in caussis omnibus civilibus, sive in scriptis, sive viva voce expediri debeant (1), nisi singularia rerum adjuncta postulent, ut dominus ipse liti adsit (2), atque judex ita decernat (3); ita ut, si reus in jus venire jussus non pareat, rursus quidem citandus sit, sed adjecta comminatione carceris, si iterum detrectet; ita suadente non tam propositae actionis civilis qualitate, quam neglecta, et spreta jusdicentis auctoritate (4). Putant tamen plures, posse reum in hoc casu munere suo fungi mittendo procuratorem plenissimo mandato instructum, quique fateri, et agere omnia possit perinde ac si reus praesens esset; nisi et tunc aliter ex justa caussa judex decernat (5).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 8. *defin.* 29.
(2) *L. In pecuniariis* 26. *cod. hoc tit., Reg. Constit. lib.* 4. *tit.* 4. *§.* 2.
(3) *Reg. Constit. ibid. §.* 5.
(4) *L. Ex quacumque* 2. *§.* 1. *ff. Si quis in jus vocat. etc.* (2. 5.), *Fab. cod. de in jus vocand. lib.* 2. *tit.* 2. *defin.* 10.
(5) *Voet in ff. hoc tit. num.* 14. *fer. in princip. post alios.*

§. 368.

In caussis criminalibus procurator, jure Romano, plerumque non admittitur; nec rei, nec actoris (1); non rei, ne alioquin tamquam in minus defensum lata sententia robore careret; nec accusatoris ob eandem fere rationem, quippequi, accusatione non probata, talioni subjiciendus erat: nisi persona illustris ageret, vel conveniretur, uxor ejus, aut liberi, vivente patre (2); vel unice alleganda esset justa absentiae caussa (3), vel absens talis criminis reus esset, propter quod damnari posset (4).

(1) *L. penult. §.* 1. *ff. de public. judic.* (48. 1.), *l.* 1. *ff. an per alium causs. appellat. red. possint* (49. 9.)
(2) *L. ult. cod. de injur.* (9. 35.), *§. In summa* 10. *instit. eod. tit.* (4. 4.)
(3) *L. Absens reus* 71. *ff. hoc tit.*
(4) *L. Servum* 33. *§. Publice* 2. *ff. hoc tit., l. Reos* 3. *cod. de accusationib.* (9. 2.), *l.* 1. *ff. an per alium causs. appellat. red. possint* (49. 9.), *l. Absentem* 5. *ff. de poenis* (48. 19.)

§. 369.

Sane hodiernis fori moribus, si reus praesens sit, uti potest advocati, et procuratoris opera: atque apud nos advocatus, et procurator pauperum caussis tuendis publice constituti reos quoque criminum defendere tenentur (1): quod si nullus in loco sit, vel justa subsit caussa, reus alium quemcumque pro arbitrio eligere potest inter juris doctores, et caussarum defensores, ita ut nec hi recusare possint, quominus operam praestent (2): quod si reus neminem eligat, judex auctoritate sua decernet, a quo reus defendatur (3).

(1) *Reg. Constit. lib.* 4. *tit.* 12. *§.* 1.

Inst. l. 3. tit. 10. ff. l. 3. tit. 3. Cod. l. 2. tit. 13.

(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 2.
(3) *Reg. Constit. d.* §. 2. *in fin.*

§. 370.

In caussis popularibus procurator pro reo admissus fuit jure Romano, non pro actore (1); quia cum actio popularis cuique de populo competat, conveniens visum non est alieno nomine quemquam agere. Hinc suspecti tutoris accusatio, cum quasi publica, seu popularis sit (2), per procuratorem expediri non potest, nisi alter tutor ita nominatim mandaverit (3).

(1) *L. Qui populari* 5. *ff. de popularib. action.* (47. 23.)
(2) §. *Consequens est* 3. *instit. de suspect. tutorib.* (1. 26.)
(3) *L. Non solum* 39. §. *ult. ff. hoc tit.*

§. 371.

Procuratoris officium est caussam domini diligenter prosequi, et tueri non tantum in conventione, sed et in reconventione (1), praestita cautione de rato (2), saltem si agatur de personis conjunctis, quibus sine mandato agere licet, ut diximus (§. 366.): proinde, si procuratoris dolo, vel culpa dominus damnum passus sit, refici a procuratore debet (3).

(1) *L. Servum quoque* 33. §. *penult. ff. hoc tit.*
(2) *L.* 35. §. *Defendere* 3.
(3) *Argum. l. A procuratore* 13., *l. In re mandata* 21. *cod. mandat.* (4. 35.)

§. 372.

Sane dolum procuratoris nocere domino in negotio mandato, non ultra mandati fines, aperte traditum est (1); quippe sibi imputare debet dominus, qui talem procuratorem elegit: quamquam, si procurator minime solvendo sit, plures sentiunt, domino succurrendum esse beneficio restitutionis in integrum, licet doli particeps non sit adversarius, hodiernis praesertim moribus, quo certus est procuratorum publice constitutorum numerus (2). Sane si procurator mandati fines egrediatur, et dolo faciat, mandanti non nocet, puta si procurator ad lites fateatur dominum haeredem esse, cum talis non sit (3).

(1) *L. Si procurator* 10. *cod. hoc tit.*, *Osasc. decis* 9. *in princip.*
(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 16. *in fin.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 8. *defin.* 3., *Osasc. d. decis.* 9. *in fin.*, *et decis.* 87.
(3) *L. Si sine interrogatione* 9. §. *Celsus* 4. *ff. de interrogat. in jur. faciend.* (11. 1.), *Fab. cod. hoc tit. def.* 1.

§. 373.

Sed, ut melius intelligatur, quae procuratori liceant, nec ne, ad vulgatas procuratorum divisiones, quae tum ad judicialia, tum ad extrajudicialia negotia pertinent, confugere praestat. Ergo procurator alius est generalis, alius specialis. Generalis procurator alius simpliciter constitutus est, alius cum libera bonorum administratione.

§. 374.

Non desunt, qui rejiciendam putant posteriorem distinctionem, existimantes, procuratorem simpliciter datum eadem potestate gaudere, ac alterum, cui libera administratio concessa fuit: verum, cum procuratoris auctoritas tota pendeat a voluntate mandantis; plus autem ex communi hominum sensu concedere videatur, qui *liberam* administrationem dat, quam qui simpliciter tribuit administrandi potestatem, distinctio haec omnino admittenda est.

§. 375.

Nec aliud probant leges a contra sentientibus oppositae, quibus videtur eadem tribui facultas procuratori simpliciter constituto, ac procuratori cum libera; aliae enim loquuntur de servis, et filiisfamilias (1), quorum respectu nihil interest, an pater, vel do-

minus peculii administrationem simplicem, an liberam dederit; quia, cum peculii con- Inst. l. 4.
cessio potestatem administrandi secum trahat (2), quo factum, ut et ipsi procuratori tit. 10. ff. l. 3.
mandare potuerint peculii administrationem (3), adjecta administrationis mentio de- tit. 3.
monstrat, aliquid amplius patrem, aut dominum indulgere voluisse (4). Cod. l. 2. tit. 13.

(1) *Nimirum l. Si convenerit* 18. §. *ult.*, *et l. seq. ff. de pignorat. action.* (13. 7.), *l. penult.* §. *Sed et si* 3. *ff. de divers. temporalib. praescript.* (44. 3.)

(2) *L. Quam Tuberonis* 7. §. 1., *l. Non solum* 49. *ff. de pecul.* (15. 1.)

(3) *L. Servum* 33. *ff. hoc tit.*

(4) *Argum. l. Si stipulatus* 4. *ff. de usur.* (22. 1.), *l. Si quando* 109. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

§. 376.

Aliae utique leges sunt, quae nec de servis, nec de filiisfamilias agentes, eadem tamen competere tradunt procuratoribus generalibus simplici mandato instructis, ac illis, quibus libera administratio data est, veluti posse exigere, solvere (1), judicio experiri (2); fructus, aliasve res, quae facile corrumpuntur, alienare (3). Sed et constat, procuratoribus cum libera ampliorem facultatem adseri in aliis legibus; hi quippe non tantum res, quae corrumpuntur, alienare possunt, sed et caeteras, prout de permutatione traditur (4), dummodo bona fide se gerant (5).

(1) *L. Procurator* 58., *et l. seq. ff. hoc tit.*, *junct. l. Si procurator* 6. *ff. de condiction. indebit.* (12. 6.), *l. Quodlibet* 87. *ff. de solutionib.* (46. 3.)

(2) *L. Sed si unius* 17. §. *Procuratorem* 15., *et seq. ff. de injur.* (47. 10.)

(3) *L. Procurator* 63. *in fin. ff. hoc tit.*

(4) *D. l.* 58. *ff. hoc tit.*

(5) *L. Creditor* 60. §. *ult. ff. mandat.* (17. 1.)

§. 377.

Ergo procurator generalis, cui libera bonorum administratio data sit, ea fere omnia facere potest, quae dominus ipse faceret: adeoque etiam alienare res, quae servando servari possunt, si ita suadeat domini utilitas, nec refragetur ejus consuetudo; quippequam sequi tenetur procurator (1): potiori ratione res domini pignori ex justa causa dare (2): qui vero liberam non habet administrationem, solas, quae facile corrumpuntur, sine speciali mandato res alienat (3): nec pignori dare potest, nisi vel hoc ei speciatim mandatum sit (4), vel dominus sub pignoribus mutuas pecunias accipere soleret (5).

(1) *L. Procurator* 58. *ff. hoc titul. junct. l. Creditor.* 60. §. *ult. ff. mandati* (17. 1.)

(2) *D. l.* 60. §. *ult.*; *l. Si convenerit* 18. §. *ult.*, *et l.* 19. *ff. de pignor. action.* (13. 7.)

(3) *D. l. Procurator totorum* 63. *ff. hoc tit.*

(4) *L. Solutum* 11. §. *ult. ff. de pignorat. act.*

(5) *L. Vel universorum* 12. *ff. eod. tit.*

§. 378.

Difficilior est quaestio, an jusjurandum deferre possit procurator generalis, et transigere. Si liberam habeat bonorum administrationem, fatentur omnes, utrumque ei licere. De jurejurando apertum est Pauli responsum (1): atque a jurejurando ad transactionem valet argumentum; quia jusjurandum vim transactionis habet (2); immo difficilius conceditur facultas deferendi jurisjurandi, quam transigendi, ut patet in administratoribus universitatum, quibus transigere ex justa caussa licet (3), non tamen jusjurandum deferre, nisi speciale mandatum habeant (4): atque idem dicendum de jurejurando calumniae, et decisivo (5).

(1) *L. Jusjurandum* 17. *ff. de jurejurand.* (12. 3.)

(2) *L. Jusjurandum* 2., *l. Admonendi* 31. *ff. eod. tit.*

Inst. l. 4. tit. 10. ff. l. 3 tit. 3. Cod. l. 2. tit. 13.

(3) *L. Praeses* 12. *cod. de transact.* (2. 4.)
(4) *L. Jusjurandum* 34. §. 1. *ff. de jurejur.*, *Reg. Constitut. lib.* 3. *tit.* 19. §. 17.
(5) *Ab-Eccles. observat.* 61. *et* 62.

§. 379.

Sed non ita certum est, an procurator generalis sine libera administrandi potestate jusjurandum recte deferat, vel transigat. Transigendi facultatem mandato generali non contineri, scribit Paulus; neque ideo valere transactionem, nec domino nocere, nisi dominus eam postea ratam habeat (1): alibi autem idem jureconsultus per procuratorem. cui universorum bonorum administratio credita sit, jusjurandum deferri posse respondit (2); cum tamen facilius permittatur transactio, quam jurisjurandi delatio (§. praeced.).

(1) *L. Mandato generali* 60. *ff. hoc titul.*
(2) *D. l. Jusjurandum* 17. §. *ult. ff. de jurejurand.* (12. 2.)

§. 380.

Ut Paulum Paulo concilient, plures existimant, eum loqui de procuratore cum libera, cum de jurejurando deferendo tractat, licet hujusce clausulae mentionem non fecerit (1). Sane, cum jusjurandum vim non solum transactionis, sed et judicialis sententiae habeat, immo majorem illa auctoritatem, teste eodem Paulo (2), vix est, ut ejus delatio permitti debeat simplici procuratori.

(1) *D. l.* 17. §. *ult. ff. de jurejur.* (12. 2.)
(2) *D. l. Jusjurandum* 2. *ff. eod. tit.*

§. 381.

Si quis objiciat, procuratorem omnium bonorum sine libera administrandi facultate, et absque speciali mandato pacisci posse, et paciscendo nocere (1), respondemus, facilius quem pro alio paciscí, quam transigere (2); quia pacta de re certa fieri solent; adeoque dominus facile consequi potest indemnitatem a procuratore, si hic male pactus fuerit: contra transactiones fiunt de rebus dubiis (3); nec facile sciri potest, an procurator transigendo se gesserit tamquam bonus paterfamilias: proinde consultius visum fuit generatim denegare transigendi facultatem procuratori generali, nisi libera administratio ei credita sit (§. 379.)

(1) *L. Rescriptum* 10. § *ult.*, *l. Nam et nocere* 12. *ff. de pact.* (2. 14.)
(2) *D. l. Mandato generali* 60. *ff. hoc tit.*
(3) *L.* 1. *ff. de transact.* (2. 15.)

§. 382.

Quid si fingamus, transactionem initam fuisse sine mandato ab universitatis administratore, cui licere diximus (§. 378.)? haec utique a procuratore ad lites universitatis impugnari non potest, potissimum, si utilis universitati sit, nec syndicus posterior eam infringi postulet (1); etenim, licet mandatum singulare fortassis usu requireretur, ex quo transactio universitati prodest, servanda est; nec perperam impugnari.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 8. *def.* 7.

§. 383

Procuratorem bonorum omnium, libera quantumvis administrandi facultate praeditum, donare non posse, apud omnes in confesso est (1); donans non administrare, sed perdere videtur (2). Hinc colligit Faber, procuratoris ad exigendum constituti nudam confessionem de soluta pecunia non nocere domino, nisi aliunde constet de solutione: neque si procurator liberam habens bonorum administrationem reddiderit chirographum obligationis in signum solutionis (3); quia donatio esset, seu tacitum pactum de non petendo, quod donationem sapit, si caussam nullam habeat.

(1) *L. Contra juris* 28. §. *ult. ff. de pact.* (2. 14)
(2) *L. Filiusfamilias* 7. *in princip. ff. de donationib.* (39. 5.)
(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.*, 8., *def.* 13.

§. 384.

Qui in rem suam, ut ajunt, procurator est, ampliori profecto gaudet potestate: procurator in rem suam dicitur, qui agit non in mandantis, sed in propriam utilitatem: vel quia ipsi cessae sint actiones (1); vel quia ipse liti se obtulit, et judicii periculum suscepit (2); vel si fidejussor, qui ordinis, seu excussionis beneficio nominatim renunciavit, conventus a creditore ad solvendum, debitori ipsi mandet, ut defendat, et procuratorem constituat (3); quippe debitor pro sui potius, quam debitoris commodo agit.

Inst. l. 4. tit. 10. ff. l. 3. tit. 3. Cod. l. 2. tit. 13.

(1) *V. quae supra diximus de cessionario* §. 169., *et seqq.*

(2) *L. Si se non obtulit* 4. *ff. de re judicat.* (42. 1.)

(3) *L. Licet* 42. §. *Ea obligatio* 2. *ff. hoc tit.*

§. 385.

Discrimen inter procuratores in rem suam aliquod est pro diverso, quo fiunt, modo. Debitore etiam invito, potest creditor alium in sui locum substituere per cessionem (1); cessio venditioni aequiparatur; haec autem cuilibet domino in re sua licet: sed defensorem, qui judicii periculum in se suscipiat, actor admittere invitus non cogitur; ne alioquin pro debitore idoneo minus idoneum habeat: quare potest creditor, si malit, dominum, seu debitorem convenire (2).

(1) *L. Nominis* 3. *cod. de haeredit.*, *vel action. vendit.* (4. 39.), *l.* 1. *cod. de novationib.*, *et delegationib.* (8. 42.)

(2) *L. Si actor* 29. *ff. hoc tit.*

§. 386.

Praeterea, si procurator in rem suam defendat, judicati actio in eum datur: alioquin in dominum (1), nisi forte se liti obtulerit, aut ipse judicatum solvi satisdederit (2). Non eadem per omnia est, ut obiter dicamus, conditio administratorum universitatis; quamquam et in multis conveniunt: administratores durante officio conveniri possunt, non quidem, ut suo nomine solvant, sed ut solvi curent (3); immo et eo finito, si rationes nondum reddiderint (4): vel si proprio nomine se, et bona sua obligaverint, vel obligationem creditori competentem ademerint (5): plane syndici exemplo tutorum, si divisa sit inter ipsos administratio, gaudent beneficio divisionis (6). Consiliarii universitatum non tenentur pro facto syndici, licet consilium syndico dederint (7); nisi dolus probetur. Quod si quis per vim, et metum, puta a militibus coactus, solverit debitum universitatis, actione negotiorum gestorum repetit (8): quamquam instrumenta a militibus verosimiliter extorta paratam executionem non habent (9).

(1) *D. l. Si se non obtulit* 4. *ff. de re judicat.* (42. 1.), *Fab. cod. mandat. lib.* 4. *tit.* 26. *def.* 28., *ubi addit, non ideo videri procuratorem in rem suam recessisse a contractu, quod passus sit, sententiam concipi in personam cedentis.*

(2) *D. l.* 4. *in princ.*, *l. Si procurator* 28., *l. Plautius* 61. *ff. hoc tit.*

(3) *Fab. cod. de obligat.*, *et action. lib.* 4. *tit.* 7. *def.* 5.

(4) *Fab. ibid. def.* 4.

(5) *Fab. ibid. def.* 6., 15., *et* 17.

(6) *Fab. ibid. def.* 18.

(7) *Fab. ibid. def.* 16.

(8) *Fad. ibid. def.* 14.

(9) *Fab. ibid. def.* 8.

§. 387.

Caeterum non sicuti procurator, sive ad negotia, sive ad lites donare prohibetur, ita, quamvis ad lites constitutus sit, prohibetur accipere donationem omnium bonorum a cliente (1), tametsi nec possit pacisci de quota litis, nec rei litigiosae donationem accipere (2). Subjicit Faber, non esse improbandum pactum, quasi de quota litis fa-

Inst. l. 4. tit. 10. ff. l. 3. tit. 3. Cod. l. 2. tit. 13.

ctum, quo procurator ad lites datus, cum pro domino maximos sumptus fecisset, quorum repetendorum alia non esset ratio, quam si indemnis servaretur ex ipsa pecunia, quae petebatur, dummodo color fraudandae legis quaesitus non appareat (3); cum retentio actorum litis competat procuratori non quidem pro salario, sed pro sumptibus (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 8. def. 21. in princ.*

(2) *Fab. d. def. 21. num. 1., et 2., Reg. Constit. lib. 2. tit. 11. §. 1.*

(3) *Fab. cod. hoc tit. def. 22.*

(4) *L. Quae omnia 25. in fin., l. Qui proprio 46. §. penult. ff. hoc tit., Fab. d. def. 22. allegat. 1.*

§. 388.

Multo minus ille, qui posterioris creditoris procurator, vel advocatus fuit, prohibetur accipere ex caussa donationis jus anterioris creditoris, qui liti non adfuit (1); cum prior creditor nullam litem habuerit, videri nequit procurator contra legem facere: alio tamen, quam donationis jure vix est, ut procurator possit jus prioris creditoris comparare citra perfidiae suspicionem, nisi posterior creditor, cujus caussam agit, condemnatus fuerit (2); videretur etenim in necem clientis sui agere velle. Sed in his ulterius non immoramur; caetera, quae ad hanc rem pertinent, alibi ex proposito tradidimus (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 8. def. 27. in princip.*

(2) *Fab. d. def. 27. num. 1.*

(3) *V. Tom. IX. pag. 190. §. 750., et seqq.*

§. 389.

Sane procuratores non ad lites, sed ad negotia, vel in rem suam constitutos emere posse, vel alio quocumque titulo rem comparare ab eo, cujus negotia administrant, nemo est, qui neget (1); cum nullo jure prohibeantur, nec prohiberi debeant, deficiente legis ratione. Atque idem tradit Faber de advocato, vel procuratore ad lites dato, si de ea re pactus sit, de qua lis nulla pendeat (2), prout et nos alibi defendimus (3); ne alioquin magno incommodo hujus conditionis viri ex publico officio, quod sustinent, afficiantur.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 8. def. 23.*

(2) *Fab. d. def. 23. num. 4., et 5.*

(3) *D. Tom. IX. §. 762., et seqq. pag. 193.*

§. 390.

Superest inquirendum, quibus modis finiatur, seu cesset procuratoris officium: atque hic eaedem fere obtinent regulae, quas exposuimus agentes de modis, quibus finitur mandatum (1). Imprimis ergo cessat procuratoris officium ipsius morte (2); quia electa creditur industria personae (3): quare alius procurator in locum defuncti a domino substitui debet (4), nisi obtineat, ut substitutus procuratoris interim ejus vices gerat (5), prout apud nos cautum est (6). Sane, si procurator generalis ad lites alium in quadam caussa substituerit, morte substituentis non extinguitur (7).

(1) *V. supra §. 45., et seqq.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 8. tit. 4. num. 7., et seqq.*

(3) §. *Item, si adhuc 10. instit. de mandat.* (3. 27.)

(4) *L. ult. §. 1. cod. hoc tit.*

(5) *Fab. d. def. 4. allegat. 8.*

(6) *Reg. Constit. lib. 3. tit. 4. §. 22., et 23., ubi simul decernitur, quid agendum, si procurator defunctus substitutum non habeat, vel hic absit, aut deserat officium.*

(7) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 8. def. 24.*

Inst. l. 4. tit. 10. ff. l. 3. tit. 3. Cod. l. 2. tit. 43.

§. 391.

Sed quid, si citatus ad constituendum novum procuratorem in locum defuncti in jus non veniat? Iterum, ait Faber (1), citandus est, cum ex primo edicto non fiat contumax: quod si nec post secundam citationem judicio sistat, non prius condemnari debet, quam rursus citatus sit, ut condemnationem ex contumacia infligendam propulset: quod si tertio contumax sit, condemnandus est, ut ejus contumacia damno litis coerceatur (2), dummodo jus actoris probatum sit, atque de solo contumacia jure, et exceptionibus quaeri oporteat (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 8. *definit.* 6.

(2) *L. Contumacia* 53. *princ., et* §. 1. *ff. de re judicat.* (42. 1.)

(3) *L. ult. cod. de execut. rei judicat.* (7. 52.)

§. 392.

Quod si mandans decesserit, interest, utrum res integra sit, nec ne. Mortuo mandante, re non amplius integra, seu lite jam contestata, procurator agere, vel defendere adhuc potest (1); prout servatur in mandato (2). Potiori ratione non expirat procuratoris officium morte mandantis, si jam in caussa conclusum sit (3): idest si lis in eum statum sit deducta, ut solius judicis sententia expectetur, tota facti quaestione in jus translata; sive in scriptis, sive vivae vocis oraculo pronunciandum sit; quin intersit, an litis instrumenta produci debeant apud actuarium, an caussa publice ab advocatis perorari (4).

(1) *L. Nulla dubitatio* 23. *cod. hoc tit.*

(2) *D.* §. *Item, si adhuc* 10. *instit. de mandat.* (3. 27.)

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 8. *d. defin.* 4. *in princ.*

(4) *Fab. d. defin.* 4. *in fin.*

§. 393.

Non tamen statim cogitur procurator defuncti caussam prosequi; quia forte haeredes nolunt; cum liberum ipsis sit alium procuratorem eligere (1): atque ideo passim obtinet, ut, mortuo mandante, citentur haeredes ad caussam prosequendam, seu reassumendam (2). Sane procurator absque justa caussa recusare non posset prosecutionem judicii favore haeredum (§. 364.). Quod si nondum lis contestata fuerit, et res plane integra sit, mandantis morte solvitur mandatum (3).

(1) *L. Post litem* 17. §. 1. *ff. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 8. *d. def.* 4. *num.* 4.

(2) *Fab. d. defin.* 4. *allegat.* 5.

(3) *D.* §. *Item, si adhuc* 10. *instit. de mandat.* (3. 27.)

§. 394.

Non tamen novum mandatum requiritur in procuratore quarumcumque universitatum, licet administratores omnes immutati fuerint: atque cum eo continuatur judicium, donec alius forte eligatur (1): universitas eadem semper intelligitur omnibus etiam membris mutatis (2), porro novus procurator, qui legitime ab universitate, seu administratoribus electus in jus veniat, judicium in eodem statu prosequi debet, quin opus sit, ut ad opponendum urgeatur, vel rursus acta cum ipso communicentur (3): quod et observandum praescribitur, quoties in quavis caussa novus procurator constituitur, sive quia primus revocatus fuerit, aut sponte renunciaverit, vel decesserit (4).

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 4. §. 20.

(2) *L. Sicut municipum* 7. §. *ult. ff. quod cujusq. universitat.* (3. 4.)

(3) *Reg. Constit. d.* §. 20. *in med.*

(4) *Reg. Constit. d.* §. 20. *in fin.*

§. 395.

Praeterea extinguitur procuratoris officium revocatione mandati: jure Romano ante litem contestatam pro arbitrio licebat procuratorem ad lites revocare (1); sed post

Inst. l. 4. tit. 10. ff. l. 3. tit. 3. Cod. l. 2. tit. 13. illam, cum procurator fieri censeretur dominus litis, non nisi ex justa caussa revocatio fieri poterat (2): usu fori hodierni procurator dominus litis non fit, atque pro arbitrio revocatur, dummodo alius constituatur, et revocatio intimetur judici, et parti (3), restitutis utique impensis a procuratore in litem factis (§. 386.). Sane, cum procurator in rem suam quis datus est, mandati revocatio non permittitur (4): immo nec licet mandatum pro parte revocare (5).

(1) *L. Ante litem* 16. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Procuratoribus* 22. *cod. hoc tit.*, *l. Post litem* 17. *princip.*, et §§. *seqq.*, *et ll. seqq. ff. hoc tit.*

(3) *Voet in ff. hoc tit. num.* 23., *prop. fin. Aliud quidem innuere videtur Faber cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 8. *definit.* 31. *in med.*, *sed contrarium in foro nunc passim servatur.*

(4) *L. Quae omnia* 25. *in fin.*, *l. Procuratore* 55. *ff. hoc tit.*

(5) *L. In caussae cognitione* 27. *ff. hoc tit.*

§. 396.

Sed non intelligitur procurator ex eo solo revocatus, quod rationes reddiderit, nisi alia appareat domini voluntas, puta qui alium procuratorem elegerit, vel qui finitam credat administrationem (1); nihil enim prohibet, manente etiam administratione, rationes reddi; cum immo saepe intersit ita fieri. Neque mandatum generale praesumitur revocatum per posterius speciale, quod justa caussa adjici potuit, ut nullus supersit dubitationis locus, an quaedam contineantur generali mandato, nec ne (2): praeterquamquod voluntatis mutatio facile praesumi non debet (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 8. *defin.* 2.

(2) *Thesaur. decis.* 107. *num.* 3., *et* 4. ✠, *Voet in ff. hoc tit. num.* 24.

(3) *L. Eum, qui* 22. *ff. de probat.* (22. 3.)

§. 397.

Censetur quoque revocatum, seu potius finitum mandatum, si procurator non generatim ad omnes, sed ad unam dumtaxat caussam datus sit, eaque per sententiam definitivam decisa fuerit, ita ut novo mandato opus sit (1), licet tantum de appellatione tractetur; quia novum judicium est (§. 365.): sed si per sententiam interlocutoriam dominus sumptuum condemnationem passus sit, procurator, licet revocatus, eorum taxationi adesse potest, maxime si revocatio ipsi significata non fuerit (2); cum et apud omnes constet, procuratorem in caussa principali constitutum adesse debere in caussa executionis judicati, quae appendix est caussae, et litis praecedentis (3); adeoque et taxationis impensarum, quin novo haeredis mandato opus sit, licet decesserit mandans (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 8. *defin.* 32.

(2) *Fab. cod. hoc tit. defin.* 31.

(3) *L. Terminato* 3. *cod. de fructib.*, *et lit. expens.* (7. 51.), *Fab. cod. hoc tit. d. defin.* 32. *alleg. ult.* ✠.

(4) *Fab. cod. hoc tit. defin.* 14.

§. 398.

Quod spectat ad renunciationem, ea non nisi ex justa caussa fieri potest (1); quamquam mandatum, sicut sponte suscipitur, ita susceptum deserere licet, dummodo renunciatio opportuno tempore fiat (§. 52.), nisi justa superveniens caussa aliud pro mandatario suadeat (§. 53.). Hinc regio jure cautum, ne procuratores, qui semel caussae defensionem susceperint, ei renunciare possint, licet officium deserant, aut revocatum fuerit mandatum, sed in jus adhuc veniant, donec alius procurator apud judicem se sistat (2).

(1) *L. Filiusfamilias* 8. §. *ult. ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 8. *defin.* 8. *in princip.* Inst. l. 4. tit. 10. ff l. 3. tit. 3. Cod. l. 2. tit. 13.

(2) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 4. §. 21.

§. 399.

Multo minus licet procuratori susceptum officium deserere in ea re, quae ad judicati executionem pertinet (2); puta si agatur de taxandis impensis, in quas actor, vel reus condemnatus fuerit (§. 397.); vel si condemnatus petat in executione judicati dilationem ad solvendum; procurator in caussa principali constitutus debet victorem defendere (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 8. *defin.* 14. *num.* 2.

(2) *Fab. d. def.* 14. *alleg. ult.*

§. 400.

Justa autem superveniente caussa, leges patiuntur, ut procurator a suscepto officio cesset (1): inter justas caussas numerantur capitales inimicitiae inter procuratorem, et dominum; dignitas, quam procurator adeptus sit, absentia in reipublicae utilitatem: adversa valetudo, necessaria peregrinatio (2), aut cura rei familiaris, quae procuratorem occupet; et similes, prout judex, singulis pensatis, decreverit (3): item si mandans patriae hostis declaratus sit, licet jam conclusum in caussa fuerit; cum nec liceat hosti publico patrocinium praestare, nisi obtenta licentia (4).

(1) *D. l. Filiusfamilias* 8. §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 8. §. *ult.*, *et l. sequ. ff. hoc tit.*

(3) *L. Vel haereditas* 10., *et seqq. ff. hoc tit.*

(4) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 8. *defin.* 8. *num.* 2., *et seqq.*

§. 401.

Quaedam hic pro coronide adjicienda putamus quoad personas, contra quas agi possit, condemnationis modum, atque impensarum restitutionem. Quod ad personas spectat, in primis cum Fabro animadvertimus, obligationem personalem, quae ex chirographo oritur, exercendam esse adversus eum, qui obligatus est (1), aut, si absit, adversus curatorem bonis datum; quippequi, licet potissimum bonis, non personae detur, personam eatenus repraesentat, quatenus actiones excipere cogitur (2): chirographo autem recognito, qui et per curatorem recognosci potest, hypothecaria agere licet, si de pignore convenerit, vel obligatio taciti pignoris vinculum habeat (3).

(1) *L. Actionum* 25. *ff. de obligat.*, *et actionib.* (44. 7.)

(2) *L. De curatore* 2. §. 1. *ff. de curator. bon. dand.* (42. 7.), *Fab. cod. de obligat.*, *et actionib. lib.* 4. *tit.* 7. *defin.* 13.

(3) *Fab. d. defin.* 13. *num.* 8., *et sequent.*

§. 402.

Si inter duos de dominio feudi, vel rei alterius disputetur, possessor interim liti eximendus est, dummodo idonee caveat favore victoris (1); si tamen feudi possessor recognoverit, et apud directum dominum professus sit, cum sit obligatus, non solum tamquam possessor, sed etiam ex propria stipulatione, seu professione, liti adesse debet, licet nihil promiserit, nisi tamquam possessor (2); cum nemo ad recognitionem feudi, vel juris emphyteutici admittatur, nisi possideat (3).

(1) *L. Litibus* 20. *in princip. cod. de agricol.*, *et censit.* (11. 47.)

(2) *Fab. cod. de obligat.*, *et actionib. lib.* 4. *tit.* 7. *def.* 22.

(3) *L. ult. cod. sine censu* (4. 47.)

§. 403.

Quod attinet condemnationis modum recte tradit Faber, non semper pendente lite fieri adjudicationem provisionalem, seu fiduciariam ei, qui nititur contractu publica etiam scriptura contento, si nempe aliqua praesumptio sit contra actorem solutionis

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 6. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 32.

jam factae; veluti si lis sit inter debitorem, et creditoris haeredem, qui facile ignorat, utrum solutio facta sit, nec ne: vel si creditor inops sit, debitor dives, probae existimationis, in quem nulla cadat falsitatis suspicio (1).

(1) *Fab. cod. de obligat., et act. lib. 4. tit. 7. defin.* 12.

§. 404.

Expensas pro domino factas procurator repetit; pro quibus etiam actorum litis retentio competit (§. 387.), sed; si in rem suam procurator impenderit (1), repetitio denegatur (2), nec enim repetere debet, quod ad sui commodum erogavit. Ex his, quae in hoc titulo explicavimus, nonnulla sunt advocatis quoque communia. Quae vero singularia sunt, de judiciis agentes exponemus. Hoc loco praestat praecipuas actionum species, quas titulo praecedenti commemoravimus, explanare: eodem ordine, quo summatim de illis disseruimus.

(1) *Quibus modis quis procurator sit in rem suam, diximus supra* §. 384.

(2) *L. Actoris* 30. *ff. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 8. *defin.* 20.

TITULUS III.

De rei vindicatione.

Instit. lib. 4. tit. 6. *De actionib.*
Digest. lib. 6. tit. 1. } *De rei vindicat.*
Cod. lib. 3. tit. 32. }

SUMMARIA.

Vindicationis nomine donantur actiones reales, condictionis personales. §. 405.

Res etiam absens hodie vindicari potest. §. 406.

Quae sint de vindicatione expendenda? §. 407.

Vindicatio competit illis, qui vel gentium, vel civili jure dominium acquisiverunt, licet aliquando recessurum sit. §. 408.

Marito competere videtur vindicatio rei dotalis. §. 409.

Dominium vindicatione prius esse debet. Quid si pendente lite acquiratur? §. 410., *et* 411.

Ex duobus emptoribus praefertur ille, cui prius res tradita fuit. Quid de precaria possessione sentiendum? §. 412.

Quid si duo contendant de re mobili, et aequales dominii probationes afferant? §. 413.

Vindicatione agenti referri potest quaestio dominii. §. 414.

Venditori, re nondum tradita, vel non habita fide de pretio, competit vindicatio. §. 415.

Quid si emptor statim post rem traditam foro cesserit? §. 416.

Haeres vindicare non potest rem suam a defuncto venditam, pro qua parte haeres est. Quid de fideicommissario, qui succedat haeredi gravato? §. 417., *et* 418.

Vindicatio rei suae a defuncto alienatae denegatur haeredi beneficiato, dummodo aestimationem consequi possit. Quid de filio in sola legitima instituto? §. 419.

Qui rei alienae venditae dominium deinceps acquisivit, vindicatione uti non potest: nisi rem alienaverit, cujus solam administrationem habebat. Quid de advocato? §. 420., *et* 421.

An curator absentis vindicare possit bona, absente ignorante, ab alio alienata? §. 422.

Vindicatio instituitur adversus quoscumque rei possessores: vel qui dolo malo possidere desierunt. §. 423., *et* 424.

Quid de possessoribus, qui rem a fisco principis, vel augustae domo emerunt? §. 425.

Vindicationi non subsunt, qui dolo possidere noluerint: nisi de re singulari haereditaria quaestio sit. §. 426., *et* 427.

Rei dominus vindicatione utens pretium emptori restituere non tenetur: nisi emptor mature certiorem fecerit judicem secutae emptionis. §. 428.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 6. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 32.

Quid si quis rem a fure emerit, ut domino restitueret: vel eam in publicis nundinis bona fide comparaverit? §. 429., *et* 430.

Pecunia furtiva semel consumpta amplius vindicari nequit. §. 431.

Emptae rei ex pecunia furtiva vindicatio non datur: nisi pecunia fuerit minoris, vel militis. §. 432., *et* 433.

An vindicatio permittatur mulieri rerum pecunia dotali acquisitarum? §. 434.

Quid de rebus comparatis ex pecunia donata inter conjuges? Quid si actio in rem vendita fuerit? §. 435.

Res empta ex pecunia communi non fit communis, nisi inter socios omnium bonorum, vel socius communi nomine emerit. §. 436.

Pretium in rebus singularibus non succedit loco rei. §. 437.

An vindicatione conveniri possit, qui sciens rem alienam emit, tum distraxit? §. 438., *et* 439.

Res a piratis captae, et postmodum venditae eodem jure censentur, ac res furtivae. §. 440.

Dominium ad vindicationem concludenter probandum est. §. 441.

Dominium plene non probatur ex perceptione fructuum, locatione per longum tempus, aut impositione insignium gentilitiorum. Quid si doceatur dominium auctoris, et titulus acquisitionis? §. 442., *et* 443.

Dominii continuatio praesumitur, donec reus vindicatione conventus contrarium demonstret. §. 444.

Rei identitas in vindicatione probanda est. Quibus haec modis demonstretur? §. 445.

Quid si reus vindicatione conventus per mendacium neget se possidere: aut rei demonstrationem per calumniam petat? §. 446., *et* 447.

Vindicatione petuntur tum res singulares, tum corporum universitas; non vero res incorporales. §. 448.

Vindicari potest etiam incerta rei pars. §. 449., *et* 450.

Grege legato, debetur ovis superstes; non area domus legatae, et destructae. §. 451.

Vindicanti restituenda est res cum fructibus, et caeteris accessionibus. Quo in loco res mobilis restitui debeat? §. 452.

Statim restituenda est vindicanti res sua; nisi justa caussa dilationem postulet. Quid si possessor contumax sit? §. 453.

Quid si tertius eandem rem vindicare contendat tamquam suam? §. 454.

Qui dolo fecit, ne rem alienam possideret, aestimationem praestat, quanti adversarius in litem juraverit. §. 455.

Communis rei aestimatio praestatur ab eo, qui culpa possidere desiit. §. 456.

Re pereunte apud possessorem malae fidei ante litem contestatam domino perit, si absque culpa possessoris interierit, et apud dominum aeque peritura fuisset. §. 457., *et* 458.

Quid si perierit post motam litem? §. 459.

Possessor bonae fidei non praestat rei interitum, quocumque tempore perierit. §. 460.

Quid de fructibus perceptis, vel percipiendis? §. 461.

Impensae cum fructibus compensantur: atque ex usu fori actio pro illis competit. §. 462., *et* 463.

§. 405.

Vindicationis nomen generatim in jure accommodatur actionibus in rem, ad discrimen actionum personalium, quae condictionis nomine veniunt (1): nam vindicare

Inst. l. 4. tit. 6 ff. l. 6 tit. 1. Cod l. 3 tit. 32.

nihil aliud est, quam jus in re sibi asserere. Jus in re, ut alibi diximus, ex quatuor fontibus profluit, dominio, servitute, pignore, et possessione, ut alibi exposuimus, atque simul diversas dominii species explicavimus (2). Ex dominio nascitur vindicatio, seu actio in rem, qua rem nostram ab alio possessam petimus (3).

(1) §. *Appellamus* 15. *instit. hoc tit.*

(2) *V. Tom: III.* §. 404., *et seqq. pag.* 112.

(3) *D.* §. 15. *institut. hoc tit.*, *l. Actionum* 25. *ff. de obligat.*, *et act.* (44. 7.)

§. 406.

Antiquo Romanorum jure, cum dominus rem suam vindicans hac, vel simili formula uteretur: *Ajo, rem hanc ex jure Quiritium meam esse*, res omnino praesens desiderabatur, vel tota, vel pro parte, veluti fundi gleba, qua totus fundus demonstrabatur (1): sed hodie, explosis simpliciore usu fori hisce subtilitatibus, res etiam absens vindicari potest, nec formularum scrupulositas amplius attenditur, dummodo de actoris intentione certo constet.

(1) *Gellius noct. atticar. lib.* 20. *cap.* 10.

§. 407.

De vindicatione sive directa, quae jure stricto competit, sive utili, quae ex aequitate conceditur, haec sunt expendenda. 1. Quibus detur. 2. Adversus quos. 3. Quibus conditionibus. 4. Quae res vindicari possint. 5. Quis sit vindicationis effectus, seu quid actor per vindicationem consequatur.

§. 408.

Vindicatio, uti jam innuimus (§. 405.), competit illis, qui vel gentium, vel civili jure dominium acquisiverunt (1); dummodo rei proprietatem habeant, licet aliquando sit ab ipsis recessura. Hinc proprietarius potest vindicare rem, cujus ususfructus alienus est (2); quia vere illius dominus interim esse non desinit, licet emolumento fructuum careat (3): atque idem competit jus haeredi pro re, quae alteri sub conditione legata sit, quamdiu conditio non extitit (4): sed, postquam conditio extitit, vindicatio legatario competit (5), si legatum agnoverit (6).

(1) *L. In rem actio* 23. *ff hoc tit.*

(2) *L. Fructus* 33. *in fin. ff. hoc tit.*

(3) *L. Recte dicimus* 25. *ff. de V. S.* (50. 16.)

(4) *L. Non ideo* 66. *ff. hoc tit.*

(5) *L. ult.* §. *penult. cod. commun. de legat.*, *et fideic.* (6. 43.)

(6) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 22. *definit.* 17.

§. 409.

De marito dubitari potest, utrum ipsi competat rei dotalis vindicatio, an potius uxori. Verum, cum maritus civile dotis dominium habeat, uxor nonnisi naturale retineat (1), pro marito respondendum videtur. Nec aliud erui potest ex rescripto Alexandri, quo potestas fit mulieri vindicandi rem a matre, vel marito alienatam (2); cum non constet, Imperatorem agere de re dotali.

(1) *L. In rebus dotalibus* 30. *codic. de jur. dot.* (5. 12.), *l. Doce* 9. *codic. hoc tit.*

(2) *L. Mater tua* 3. *cod. hoc tit.*

§. 410.

Praevia rei possessio necessaria non est, ut quis vindicatione agat; quare haeres ante aditionem res haereditarias vindicare prius esse debet; nec sufficit dominium acquirere pendente lite, nisi mutato libello, et restitutis reo convento expensis (2), actor ex nova dominii acquisiti caussa vindicare instituat (3). Alia est possessionis ratio; hanc quippe, cum in facto consistat, reus si pendente lite adeptus fuerit, actori restituere debet (4).

(1) *L. Si ager* 50. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Eum, quem* 79. *ff. de judic.* (5. 1.)
(3) *L. Non potest* 23. *ff. eod. tit.*
(4) *L. Sin autem* 27. §. 1. *ff. hoc tit.*

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 6. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 32.

§. 411.

Si ergo pater fundum adventitium filii vendiderit Titio, atque tradiderit, tum filius, consentiente, et auctoritatem praestante patre, eundem vendiderit Sempronio, cum Sempronius fundi dominium nunquam habuerit; quia ei traditus non fuit (1), nec tradi potuit, cum a Titio possideretur, vindicatione adversus Titium agere non potest (2): nisi prius filius possessionem a Titio avocaverit, vel condictione Justinianea (3), vel remedio canonis Pontificii (4), vel vindicatione (5): agere tamen potest Sempronius tamquam jus per emptionem a filio cessum habens, ut sibi fundus adjudicetur (6).

(1) *L. Traditionibus* 20. *cod. de pact.* (2. 3.)
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 22. *def.* 1. *in princ.*
(3) *Ex l. ult. cod. de acquirend. possess.* (7. 32.)
(4) *Can. Reintegranda* 4. *causs.* 3. *quaest.* 1.
(5) *L. Officium* 9., *l. Is, qui* 24. *ff. hoc tit.*, *Fab. d. def.* 1. *in med.*
(6) *Fab. ibid. def.* 2.

§. 412.

Hinc patet, ex duobus emptoribus in vindicatione praeferri eum, cui prius res tradita fuit, etiam per solam constituti clausulam (1); cum per hanc naturalis, et civilis possessio transferatur (2). Subjicit Faber, idem sentiendum, si per precarium possessio translata sit (3): verum, cum precario tenens solo corpore, non animo possideat (4); ita ut potius in possessione constitutus, quam possidere intelligatur, putant alii, precariam possessionem non impedire, quominus vera possessio in emptorem transferatur. De re duobus a Principe vendita tractat Faber (5).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 22. *def.* 4. *in princ.*
(2) *L. Quaedam mulier* 77. *ff. hoc tit.*, *l. Quod meo* 18. *ff. de acquirend. possess.* (41. 2.)
(3) *Fab. d. def.* 4. *num.* 3.
(4) *L. Et habet* 15. §. *Eum, qui* 4. *ff. de precar.* (43. 26.)
(5) *Fab. cod. hoc tit. def.* 11. *et* 12.

§. 413.

Sed quid, si duo de re mobili contendant, et utriusque probationes ad dominium demonstrandum aequales videantur? Neutri, nec per modum, ut ajunt, provisionis, interim possessio danda est, si periculum immineat, ne per calliditatem possessoris in locum rei controversae alia subjiciatur: quare vel apud actuarium litis, vel alium virum idoneum, quem judex elegerit, vel in quem litigantes consentiant, interim deponenda est (1); prout in similibus casibus fieri praescribunt Romanae leges (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 22. *def.* 14.
(2) *L. Imperatores* 21. §. *ult. ff. de appellat., et relat.* (49. 1.)

§. 414.

Ex his patet, vindicari non posse rem, ad quam jus habemus, si nec dum domini facti fuerimus; puta rem emptam nondum traditam (§. 410., et 411.). Hinc recte infert Faber, agenti vindicatione posse referri quaestionem dominii; puta si is, qui rem vendidit, ex aliqua caussa adversus venditionem restitui velit, vel creditor, qui a venditore jus habet, rem ab emptore vindicare (1): immo conductor, fructuarii, et similes, qui personali actione conventi dominium objicere nequeunt, si reali conveniantur, exceptione hac uti possunt (2), ut alibi diximus (3); quia fieri nequit, ut vindicandi jus habeat, qui dominus non est (§. 408.)

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 22. *defin.* 3. *in princip.*

Inst. l. 4 tit. 6. ff. l. 6 tit. 1. Cod. l. 3. tit. 32.

(2) *Fab. d. definit. 3. num. 5., et seqq.*
(3) *V. Tom. X. §. 1329. pag. 319.*

§. 415.

Si ergo venditor rem tradiderit, eique pretium solutum sit, vel fidem de pretio habuerit, rem vindicare nequit, quia illius dominium amisit, atque in emptorem transtulit: non vero si aut res nondum tradita fuerit, vel fides de pretio minime habita, quia dominium a venditore non recessit (1), immo, si de pignore generaliter, vel specialiter convenerit, potest venditor, licet de pretio fidem habuerit, rem vindicare, si emptor moram faciat in pretio, vel ejus parte solvenda; tum retinere, donec integrum pretium receperit (2): atque idem dicendum, si ab initio convenerit, ut ob moram in contractu implendo factam ab eo recedere liceat. (3).

(1) *L. Ex empto 11. §. Et imprimis 2. ff. de action. empt.* (19. 1.), *l. Quod vendidi 19. ff. de contr. emption.* (18. 1.), *§. Venditae 41. instit. de rer. division* (2. 1.)
(2) *V. Tom. X. §. 931. pag. 221.*
(3) *D. Tom. X. §. 942. pag. 223.*

§. 416.

Excipiunt aliqui casum, quo emptor statim post rem traditam foro cedat; atque putant, venditori, qui rem tradiderit, et fidem de pretio habuerit, superesse vindicationem (1): quia venditio haec, utpote cui dolus caussam dederit, sit ipso jure nulla (2); adeoque dominium in emptorem translatum non sit (3). Quo etiam fundamento sentiunt, rem in hoc casu posse a tertio possessore, qui bona fide eam comparaverit, ab emptore doloso avocari, neutiquam refuso pretio (4), nisi res haec publice sub hasta vendita fuerit, emptori tradita, qui pretium solverit, quo casu pretium emptori a venditore vindicante restituendum esset (5), ne temere convellatur fides hastae fiscalis (6). Apud nos, ut alibi diximus, venditori rei immobilis prospectum est, data praelatione (7).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num. 14. fer. in princip.*
(2) *L. Et eleganter 7. ff. de dolo* (4. 3.)
(3) *L. Si quasi 3. ff. de pignorat. act.* (13. 7.)
(4) *Argum. d. l. 3. ff. de pignorat. action.*
(5) *Voet. d. num. 14. post med.*
(6) *L. Quaecumque 5., l. seq. cod. de fid., et jur. hast. fiscal.* (10. 3.)
(7) *D. Tom. X. §. 932. pag. 221.*

§. 417.

Cum haeres, et defunctus una eademque persona conseantur (1); atque ideo haeres teneatur praestare factum defuncti, ex cujus persona lucrum sentit (2), rem suam a defuncto venditam vindicare non potest, pro qua parte haeres est (3); cum enim haeres de evictione teneatur, multo magis exceptione repellitur (4); etiamsi is minor sit, qui successerit majori, a quo res sua sine decreto alienata proponatur (5).

(1) *Novel. 48. in fin. praef.*
(2) *L. Ex qua persona 149. ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(3) *L. Cum a matre 14. cod. hoc tit.*
(4) *L. Seja fundos 73. ff. de evictionib.* (21. 2.), *l. Si a Titio 72. ff. hoc tit.*
(5) *Voet in ff. hoc tit. num. 16. in med.*

§. 418.

Hinc nec fideicommissarius rei ab haerede fiduciario distractae vindicationem habet, pro qua parte fiduciario successit (1); cum enim nec permittatur vindicatio rei, cujus dominium penes haeredem erat, cum alienata fuit a defuncto (§. praeced.), multo minus concedi debet pro re, quae alienationis tempore a defuncto tenebatur, quamquam sub onere restituendi (2).

(1) *Argum. d. l. Cum a matre* 14. *cod. hoc tit.*

(2) *Argum. l. Filiusfamilias* 114. §. *Cum pater* 15., *et seq. ff. de leg.* 1. (30. 1.)

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 6. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 32.

§. 419.

Neque beneficium inventarii prodest haeredi, quominus teneatur probare factum defuncti, dummodo rei suae aestimationem ex bonis haereditariis consequi possit; cum hujusmodi beneficium dumtaxat praestet, ne haeres ultra haereditatis vires teneatur (1). Sane filius in sola legitima institutus rem suam a patre alienatam recte vindicat; tum quia legitimam habere debet filius immunem ab omni onere (2); alioquin minus consequeretur, quam ipsi leges concedunt; tum quia legitimam habet filius auctoritate legis potius, quam patris voluntate.

(1) *L. ult.* §. *Et, si praefatam* 4. *cod. de jur. deliberand.* (6. 30.)

(2) *L. Quoniam in prioribus* 32. *cod. de inoffic. testament.* (3. 28.)

§. 420.

Ex his colligi potest, quid sentiendum, si ille, qui rem alienam vendidit, ejus deinde dominium nanciscatur; cum enim haeres teneatur probare factum defuncti, quia una cum eo persona fingitur (§. 417.), potiori ratione quis proprium factum impugnare prohibendus est (1): atque cum de evictione teneatur, si agat, exceptione repellendus (2). Aliud receptum in libertate servo alieno data (3); sed quia manumissio computatur inter actus legitimos, quos in suspenso esse leges Romanae non patiebantur, nec ex post facto convalescere (4).

(1) *L. Post mortem* 25. *ff. de adoptionib.* (1. 7.), *l. Cum profitearis* 4. *cod. de revocand. donat.* (8. 56.)

(2) *D. l. Si a Titio* 72. *ff. hoc tit.*, *l.* 1., *et pass. ff. de except. rei vendit.* (18. 7.)

(3) *L. Si servo* 20. *ff. qui, et a quib. manumiss.* (40. 9.)

(4) *L. Actus legitimi* 77. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 421.

Exceptionem habet haec regula in eo, qui rem alienaverit, cujus solam administrationem habebat, puta tutor, vel curator; quia non in suum, sed pupilli, aut minoris commodum revocat (1). Idem dicendum de marito, qui fundum dotalem; oeconomo, qui rem Ecclesiae perperam distraxerit (2), Principe pro bonis demanialibus, seu coronae (3): nisi tutor, vel maritus haeredes pupillo, aut uxori extiterint; quippe quo casu in sui utilitatem vindicarent (§. praeced.). Inter officium advocationis, et rei suae defensionem, ait Ulpianus, multum interest: quare nemo prohibetur rem, quam deinceps suam esse cognovit, vindicare, licet prius alteri vindicanti patrocinium praestiterit (4).

(1) *L. Si praedium* 16. *cod. de praed. et aliis reb. min. etc.* (5. 71.)

(2) *Novell.* 7. *cap. Quia vero* 5. *princip.*, *et* §. *ult.*

(3) *Cap. Intellecto* 33. *extra Decret. Greg. de jurejurand.* (2. 24.)

(4) *L. Inter officium* 54. *ff. hoc tit.*

§. 422.

De curatore absentis apud Sabaudos patres dubitatum fuit, an is vindicare posset bona, absente ignorante, ab alio alienata. Ex quinque fratribus, qui paternam haereditatem per multos annos indivisam retinuerant, quatuor, quinto absente, bona omnia diviserant: deinceps unus ex illis tum suam, tum absentis portionem extraneo vendiderat. Curator portionem absentis vindicabat, emptores negabant, dominium ad absentem pertinere; quia mutuae ex divisione adjudicationes, et dominii translationes fieri deberent, quae absentis nomine fieri non possent: maxime quia ex divisione dominium absentis non probaretur. Senatus pronunciavit (1), directam rei vindicationem a curatore exerceri non posse, quia dominium non probaret (§. 408.), sed Publicianam illi competere posse (2) nomine absentis, in quem paterna possessio cum jure haere-

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 6 tit. 1. Cod. l. 3. tit. 32.

ditario, et quinta haereditatis parte transiisset; cum et praesumptio sit, bona haec a patre dominii jure possessa fuisse, ex ipso emptorum facto, qui alioquin empturi non fuissent.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 22. *def.* 13.

(2) §. *Namque* 4. *instit. hoc tit., l.* 1., *et pass. ff. de public. in rem action.* (6. 2.)

§. 423.

Instituitur vindicatio adversus quoscumque rei possessores, sive bonae, sive malae fidei sint, etiam justo titulo munitos; dummodo possideant eo tempore, quo lis judicatur, licet tempore litis contestatae non possiderent; et vicissim absolvitur, qui possidebat, cum lis contestata fuerit, si deinceps absque dolo possidere desierit (1); res enim domino clamat ubicumque sit; nec justus emptionis titulus a non domino habitus jus domino in re sua competens intervertere potest (2).

(1) *L. Sin autem* 27. §. 1. *ff. hoc tit., l. Tigni* 7. §. *Si quis* 4., *et seq. ff. ad exhibend.* (10. 4.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 22. *defin.* 9.

(2) *L. Id, quod nostrum* 11. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 424.

Si ergo quis dolo malo possidere desierit, perinde condemnandus est, ac si adhuc possideret (1); ne fraus sua ei prosit (2); quod si decesserit, lite jam contestata, haeredes in solidum quoque tenentur ex defuncti dolo (3); alioquin, defuncto doloso auctore ante litem contestatam, haeredes conveniri nequeunt, nisi quatenus locupletiores facti sunt, in factum actione (4), si jus Romanum spectemus; in solidum vero, si bona sufficiant, inspecta naturali aequitate, quae vult, ut factum defuncti prestet haeres, qui ex illius persona lucrum sentit (5); prout jure canonico cautum est (6). Possessorum haeredes conveniri possunt, quatenus possident; si enim nemo ex iis possideat, omnes absolvuntur (7); si unus teneat, solus convenitur (8).

(1) *D. l. Sin autem* 27. §. *Sed et is* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Non fraudantur* 134. §. 1. *ff. de reg. jur.*

(3) *L. Si in rem* 42. *ff. hoc tit.*

(4) *L. Cum autem* 52. *ff. hoc tit.*

(5) *L. Ex qua persona* 149. *ff. de reg. jur.*

(6) *Cap. In litteris* 5. *extra Decret. Greg. de raptorib.* (5. 17.)

(7) *D. l.* 42. *ff. hoc tit.*

(8) *L. Si possessor* 55. *ff. hoc tit.*

§. 425.

Excipiuntur singulari jure, qui rem a fisco, Principis, vel Augustae domo emerunt: quippe sola competit rei domino actio intra quadriennium adversus fiscum, ut indemnitatem consequatur (1). Nudi quoque rerum alienarum detentores, veluti conductores, depositarii, commodatarii possunt se ab hac actione liberare, eum demonstrando, cujus jure, et nomine tenent (2): alioquin jure conveniuntur (3), et condemnari possunt (4).

(1) §. *ult. instit. de usucapionib.* (2. 6.)

(2) *L. Si quis alterius* 2. *cod. ubi in rem actio* (3. 19.)

(3) *L. Officium* 9. *ff. hoc tit.*

(4) *Arg. l. Saepe constitutum* 63. *ff. de re judicat.* (42. 1.)

§. 426.

Difficilior est quaestio, utrum vindicationi subjaceant, qui nunquam possederunt, sed possidere potuerunt, atque dolo malo fecerunt, quominus possessionem acquirerent. Verum, etsi culpandi sint, qui ita se gerunt, non tamen teneri videntur; tum quia non intelligitur alienare, qui possessionem acquirere omittit (1); tum quia ex Ulpiano omittens possessionem non tenetur actione in factum ex edicto adversus eos lato, qui judicii mutandi caussa rem alienant (2).

(1) *L. Non alienat.* 119. *ff. de reg. juris.*

(2) *L. Item si* 4. §. 1. *ff. de alienat. judic. mutand. caus. fac.* (4. 7.)

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 6. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 32.

§. 427.

Aliud utique receptum in possessore haereditatis, qui rei alicujus haereditariae possessionem acquirere omiserit (1): sed peculiaris in hoc ratio est; etenim ex quo quis universum jus haereditatis possidere vult, cogendus quoque visus fuit, ut singularum rerum haereditariarum possessionem apprehendat; atque ideo teneatur, si dolo malo possidere omittat. Quod autem ait Paulus, dolum praeteritum venire in vindicatione, sicut in petitione haereditatis, intelligi debet de eo casu, quem tractat jureconsultus, videlicet quo quis dolo malo possidere desierit (2).

(1) *L. Sed et si* 25. §. *Perinde* 8. *ff. de petition. haereditat.* (5. 3.)

(2) *L. Sin autem* 27. §. *Sed et is* 3. *ff. hoc tit.*

§. 428.

Res furto subtractas a quocumque bonae fidei possessore, qui eas justo titulo, puta emptionis, comparaverit, a domino vindicari posse, ex dictis plene constat, quin solutum pretium generatim restituere teneatur (1); cautius negotiari quisque debet, scite monent Imperatores (2); nec dominus rem suam emere cogendus est: porro furtiva res ea dicitur, quam commodatarius, depositarius, conductor, et similes vendiderint, ignorante domino; cui idcirco vindicatio competit; nisi ex decreto judicis publice fuerint distractae, et culpa domino possit imputari, cur maturius non intercesserit. Alicubi tamen jure merito receptum, ut pretium emptori refundendum sit, dummodo de rei emptione certiorem faciant judicem, vel alium magistratum hisce rebus praepositum; vel ut mensam foenebrem exercentes bona fide tuto accipiant res furto subductas, non nisi pretio reddito easdem dominis suis restituturi (3).

(1) *L. Si mancipium* 23. *cod. hoc tit. l. Incivilem* 2. *cod. de furt.* (6. 2.)

(2) *D. l.* 2. *cod. de furt.*

(3) *Voet in ff. hoc tit. num.* 7.

§. 429.

Quinimmo plures sentiunt, nec pretio soluto fraudandos emptores, qui res furtivas, longius alioquin ferendas, eo emerint animo, ut illas dominis suis restituant, et salvas faciant, dummodo constet, omnia ex bona fide gesta fuisse; actione videlicet negotiorum gestorum emptori ad pretium repetendum tributa (1). Dixi, si constet, emptorem domino negotium utile gerere voluisse; si enim sibi emere voluerit, nec statim, cum posset, domino rei denunciaverit, pretio soluto carere debet, idest a fure utique repetet, non a rei furto subtractae domino (2).

(1) *Argum. l. Alimenta* 11. *cod. de negot. gest.* (2. 19.), *Voet in ff. hoc tit. num.* 8. *in med.*

(2) *D. l.* 23. *cod. hoc tit.*, *d. l.* 2. *cod. de furt.* (6. 2.)

§. 430.

Receptum quoque in plerisque Belgii locis tradit Voet, ut res furtivae, quae in publicis nundinis bona fide emptae fuerint, non nisi pretio, quod datum est, restituto, vindicari possint, quoties emptor nequit a venditore pretium servare; commerciorum adjuvandorum gratia, ne timidius accedant emptores, qui in venditorum integritatem, et conditionem inquirere vix possunt (1). Verum, seclusa speciali lege, aut consuetudine, sententia haec recipi non debet; favet utique aequitas emptori bonae fidei, sed magis favet domino furtum passo, ne rem suam emere cogatur (2).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 8. *fer. in princip.*

(2) *D. l. Si mancipium* 23. *cod. hoc tit.*, *d. l. Incivilem* 2. *cod. de furt.* (6. 2.)

§. 431.

Sed, quidquid de hisce casibus sentiendum sit, apud omnes in confesso est, pecuniam furtivam amplius vindicari non posse, si eam fur impenderit, atque con-

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 6. tit. 1 Cod. l. 3. tit. 32. sumpta sit ab accipiente (1), vel aliis nummis mixta, ut amplius secerni nequeat (2), quia in utroque casu periisse intelligitur; ita ut nec eam vindicare, nec condicere a bonae fidei creditore liceat: sola ideo competit domino actio adversus furem.

(1) *L. Cassius ait* 17. *ff. de solution.* (46. 3.)

(2) *L. Si alieni* 78. *ff. eod. tit.*

§. 432.

Nec etiam permittitur vindicatio rei emptae ex pecunia furtiva; tum quia generatim in jure traditur, rem non esse illius, ex cujus nummis comparata fuit, sed qui emit, vel cujus nomine emit (1): sola personali actione pecuniae domino tributa adversus eum, qui alienam pecuniam temere impendit (2); proinde, cum vindicatio dominium omnino requirat (§. 408.), in re empta alienis nummis competere non potest: praeterquamquod nec pignori obligata censetur res empta ex nummis pignori obligatis (3): nec magis furtiva dici potest res empta ex nummis furtivis, quam pretium rei furtivae, quod nec furtivum reputatur (4).

(1) *L.* 1., *l. Mancipia* 3., *et pass. cod. si quis alter., vel sib.* (4. 50.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 22. *defin.* 6. *in princip.*

(2) *L. Si ex ea pecunia* 6. *cod. hoc tit.*, *l. Ex pecunia* 12. *cod. de jur. dot.* (5. 12.)

(3) *L. Idemque* 7. *in fin. ff. qui potior. in pign.* (20. 4.)

(4) *L. Qui vas* 48. §. *ult. ff. de furt.* (47. 2.)

§. 433.

Quod modo diximus (§. praeced.), pecunia mea emptas res meas non esse, sed illius, cujus nomine emptae fuerunt, quasdam habet exceptiones, nimirum in rebus comparatis pecunia minoris (1), militis (2). Utilis quoque juxta aliquos datur mulieri vindicatio rerum, quas maritus ex pecunia dotali emerit ea mente, ut res dotales fiant (3): quamquam repugnant alii, generalem legum sententiam ad specialem praediatorum, seu illorum, qui a fisco praedia compararunt, casum coercentes; prout subtiliter colligere nituntur ex inscriptione legis, quae Gajum habet auctorem (4).

(1) *L. Si tutor* 2. *ff. quand. ex fact. tutor.* (26. 9.), *l. Si curator* 3. *cod. arbitr. tutel.* (5. 51.)

(2) *L. Si, ut proponis* 8. *cod. hoc tit.*

(3) *Argum. l. Si cum dotem* 22. §. *ult. ff. solut. matrimon.* (24. 3.)

(4) *L. Res, quae* 54. *ff. de jur. dot.* (23. 3.)

§. 434.

Juri magis consentanea videtur sententia negantium, mulieri vindicationem competere in rebus pecunia dotali comparatis, prout indistincte rescripserunt Imperatores (1); atque privilegium, seu praelationem mulieri tributam fuisse in quibusdam casibus, singulari aequitatis ratione (2). Quod autem traditur, permutata dote pecuniaria in rem, vel fundum, rem, vel fundum dotalem effici (3), tunc verum est, cum permutatio fit muliere consentiente.

(1) *L. Ex pecunia* 12. *cod. de jur. dot.* (5. 12.)

(2) *D. l.* 22. §. *ult. ff. solut. matrim.*

(3) *L. Ita constante* 26., *et l. seq. ff. de jur. dot.* (23. 3.)

§ 435.

Nec desunt casus, in quibus Romanae leges utilem ex aequitate vindicationem concedunt in rebus alterius pecunia comparatis: puta mulieri, quae pecuniam marito, constante matrimonio, donaverit, isque rem soli comparaverit, nec solvendo sit (1). Utilis quoque competit rei vindicatio illi, cui actio in rem vendita fuerit (2): nec non emphyteutis, superficiariis, vassalis (3): et quibusdam aliis, quibus aequitas speciatim favere videtur (4), de quibus suo loco diximus.

(1) *L. Uxor marito* 55. *ff. de donat. int. vir., et uxor.* (24. 1.)

(2) *L. ult. cod. de haeredit., vel action. vendit.* (4. 39.)

(3) *L. In speciali* 73. *in fin., et seq. ff. hoc tit., l.* 1. §. 1. *ff. Si ager vectigal.* (6. 3.) Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 6. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 32.

(4) *L. Si mortis* 29., *et l. seq. ff. de mort. causs. donat.* (39. 6.), *l.* 7. *cod. de revocandis donat.* (8. 56.)

§. 436.

Sicuti emptum ex pecunia Titii a Maevio Maevii est, ita si Maevius emerit ex pecunia communi, res empta communis non fit (1); nisi socii sint omnium bonorum, vel res ab uno ex sociis communi nomine empta sit (2). Neque sufficit emendi mandatum, ut vindicatio mandanti competat, sed insuper requiritur, ut mandantis nomine empta sit, vel mandatario mandantis nomine tradita (3).

(1) *L. Si patruus* 4. *cod. commun. utriusq. judic.* (3. 38.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 22. *def.* 6. *in princ.*

(2) *D. l.* 4., *Fab. d. def.* 6. *num* 2.

(3) *L. Si procurator* 13., *l. Res ex mandatu* 59. *ff. de acquir. rer. domin.* (41. 1.)

§. 437.

Eodem fundamento, quo traditur, rem emptam ex pecunia furtiva furtivam non esse (§. 432.); nec rem ejus fieri, cujus nomine empta fuit (d. §. 432.), ita nec pretium rei furtivae vindicari potest a domino, cum in rebus singularibus pretium non succedat loco rei (1), sed tantum in judiciis universalibus, veluti petitione haereditatis, quae jus continet (2). Quare sola competit domino actio adversus furem, vel eum, qui rem suam distraxit, et pretium recepit, ad id, quod interest, nisi malit rem a possessore vindicare.

(1) *L. Qui vas* 48. §. *ult. ff. de furt.* (47. 2.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 22. *def.* 5. *in princ.*

(2) *L. Venditor* 21. *ff. de haeredit., vel act. vendit.* (18. 4), *Fab. d. def.* 5. *num.* 4., *et seqq.*

§. 438.

Si quaeratur, an emptor rei alienae, si eam distraxerit, actione aliqua conveniri possit a domino, distinguendum est, an comparaverit sciens rem esse alienam, tum distraxerit, vel consumpserit: an bona fide se gesserit, putans vendentis esse. In primo casu actionem personalem ad exhibendum domino adversus eum competere, tamquam qui dolo malo possidere desierit, fatentur omnes (1): immo nec desunt, qui vindicationem concedunt, quam supra diximus institui posse adversus eum, qui dolo malo fecerit, quominus possideret (§. 424.)

(1) *L. Eos, qui a servo* 14. *cod. de furt.* (6. 2.)

§. 439.

In altero casu, quo quis rem alienam bona fide comparaverit, atque suam putans distraxerit, nullam metuere debet molestiam a domino, qui vel vindicatione agere potest adversus possessorem (§. 423.), vel condictione adversus furem, si res furto subtracta sit; nisi forte rem minori pretio emerit, tum majore distraxerit; atque ita locupletior factus sit; suadere videtur aequitas, ut domino restituat, quod lucratus est; ne ex alienis spoliis ditior fiat (1).

(1) *L. Num hoc natura* 14. *ff. de condict. indebit.* (12. 6.)

§. 440.

Quod de rebus furtivis sine pretii restitutione per dominium a tertio possessore sive bonae, sive malae fidei vindicandis diximus (§. 428.), idem servandum plures sentiunt, si res a piratis captae fuerint, ac postmodum venditae (1); quia piratae nihil distant a furibus, cum nullo jure bona diripiant, nisi quod plerumque potentiores, atque improbiores sunt (2). Cum autem Pomponius ait, restituendum esse a fisco pretium centurioni, qui redemerit mulierem in opus salinarum condemnatam, et deinde a latronibus exterae gentis captam (3), intelligendus est de eo, qui viliore redemerit

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 6. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 32.

pretio, ut fisco negotium utile gereret; prout diximus de rebus furtivis (§. 429.). Sane, cum res ab hostibus occupatae, gentium jure fiant hostium (4), earum pretium redemptori, qui nec restituere tenetur, omnino refundendum est.

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 9.

(2) *Argum. l. Postliminium* 19. §. *A piratis* 2., *l. Hostes sunt* 24. *ff. de capt. et postlim.* (49. 15.)

(3) *L. Mulier* 6. *ff. eod. tit.*

(4) §. *Item ea* 17. *instit. de rer. div.* (2. 1.)

§. 441.

Dominium ad vindicationem instituendam necessarium est (§. 408.): quod cum res facti sit, probari debet (1); alioquin in pari caussa absolvendus est possessor, cujus melior conditio est (2): nec sufficit dominii aliqualis probatio, sed plenissime, et concludenter probandum est in hoc vindicationis judicio, cum sit fundamentum intentionis actoris (3).

(1) *L. Officium* 9. *ff. hoc tit.*, *l. A possidentibus* 21. *cod. hoc tit.*, *l. Sive possidetis* 16. *cod. de probat.* (4. 19.)

(2) *L. In pari caussa* 128. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) *L. ult. cod. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 22. *def.* 18. *alleg. ult.*

§. 442.

Cum ergo plene probandum in hac actione sit dominium, per possessionem, et fructuum perceptionem satis non probatur, licet haec probatio sufficere possit, quoties incidenter tantum de dominio quaeritur (1): neque satis probatur ad vindicationem dominium ex sola locatione per longum tempus facta (2), neque ex sola impositione signorum, aut insignium gentilitiorum (3), quamquam non levis hinc oritur praesumptio (4); quae nonnisi contraria probatione elidi potest.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 22. *d. def.* 18.

(2) *Cap. Inter dilectos* 6. *extra Decret. Greg. de fid. instrumentor.* (2. 22.), *Fab. cod. de probat. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 14.

(3) *Fab. cod. eod. tit. def.* 47.

(4) *L. Quod si neque* 14. §. 1. *ff. de peric.*, *et commod. rei vend.* (18. 6.)

§. 443.

Sed satis probatum videtur dominium ab eo, qui doceat dominium auctoris sui, et titulum, quo ipse illud acquisierit (1), demonstret instrumentis, testibus aliisve legitimis modis (2).

(1) *Argum. l. Traditio* 20. *ff. de acquir. rer. domin.* (41. 1.)

(2) *Novell.* 18. *cap. Illud quoque* 10. *in princ.*

§. 444.

Porro, licet dominium praeteritum ad rem vindicandam non prosit, sed praesens desideretur (1), attamen, probata dominii acquisitione in praeteritum facta, necesse non est, ut dominium continuatum fuisse actor demonstret: sed continuatio praesumitur, donec reus vindicatione conventus contrarium edoceat (2); tum quia dominii amissio res facti est ab allegante probanda (3); tum quia mera facti negatio respectu actoris est, quae vix probari potest (4). Hinc, cum actor probasset, patris, cui haeres extiterat, rei dominium fuisse, Imperatores rescripserunt, adversario, licet in possessionem constituto, incumbere probandi onus, qua ratione dominium illius acquisierit (5).

(1) *L. In rem actio* 23. *ff. hoc tit.*

(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 24. *prop. fin.*

(3) *L. Ab ea parte* 5. *princ.*, *et* §. 1., *l. Quoties operae* 18. *ff. de probat.* (22. 3.)

(4) *L. Actor* 23. *cod. eod. tit.* (4. 19.)

(5) *L. Sive possidetis* 16. *cod. eodem tit.*

§. 445.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 6. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 32.

Probato dominio rei, quae vindicatur, identitas, ut ajunt, probanda est: adeoque res speciatim per notas designanda (1); *utrum totam*, subjicit Paulus, *an partem*, *et quotam petat...... infectae quidem materiae pondus*, *signatae vero numerum*, *factae autem dici speciem oportet* (2): mensura quoque dici debet, si res mensura contineatur; vestimentorum numerus, color, et qualitas, an trita, an nova sint; fundi nomen, et locus: vel alia demonstratio, si nomen ignoretur (3): si tamen de corpore constet, licet error sit in nomine, vel alia qualitate, non ideo actor jure suo excidere debet (4): atque remittendam esse actori necessitatem designandi coloris, vel ponderis, aut mensurae, et similis, si juret, pro certo se colorem dicere non posse, auctor est Ulpianus (5).

(1) *L. Si in rem* 6. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 6. *in princ.*
(3) *D. l.* 6., *l. In actione* 19. *princip.*, et §§. *seqq. ff. de furt.* (47. 2.)
(4) *L. Idem Pomponius* 5. §. *penult. ff. hoc tit.*
(5) *D. l.* 19. §. *De veste* 4. *ff. de furtis.*

§ 446.

Quod reus vindicatione conventus neget se possidere, vel dicat se alieno nomine possidere, et mendacii deinceps convincatur, privatur possessione sua, quae in actorem transfertur (1); non tam in poenam mendacii, quam ex propria confessione; cum enim se possidere neget, queri non potest, cur possessio actori a judice detur. Sed hoc, scite monet Faber (2), accipiendum est de eo, qui simpliciter, et absolute negavit se possidere, non de illo, qui petit sibi demonstrari, atque indicari rem, ut sciat, an contendere debeat, vel cedere (3); atque interim propriam negavit possessionem metu comminationum; ne alioquin pro confesso habitus fuisset; atque condemnandus, tamquam possessor (4); cum enim, petendo rei demonstrationem, id agat, ne sibi postmodum mentiri liceat, mendacii argui non potest.

(1) *L. ult. ff. hoc tit.*, *Fab. codic. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 22. *def.* 19.
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 22. *def.* 7.
(3) *Arg. l.* 1. *ff. de edend.* (2. 13.)
(4) *Fab. d. def.* 7. *num.* 1.

§. 447.

Excipit idem Faber casum, quo demonstratio petita sit per calumniam ab eo, cui veritas ignota, aut dubia esse non poterat, veluti qui non multo antea professus fuerit, se possessorem in alia caussa (1); cum enim perperam certiorari desideret, qui jam certus est (2), legum severitatem effugere non debet, qui calumniam mendacio jungit.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 22. *def.* 7. *in fin.*
(2) *L.* 1. *in fin. ff. de actionibus empti* (19. 1.)

§. 448.

Vindicatione petuntur res corporales tum mobiles, tum immobiles, tum semoventes; nec tantum singulares, sed et corporum universitas, veluti grex (1), non vero jurium, puta haereditas, quae juris intellectum habet, vel peculium; in his quippe placuit, res singulas vindicandas esse (2); vel quia etiam res alienae in haereditate inveniuntur; vel quia, ut aliis placet, vindicationis formula ita concepta: *Ajo rem hanc ex jure Quiritum meam esse* (§. 406.), rebus incorporalibus accomodari non potest.

(1) *L.* 1. §. *ult.*, *l. Vindicatio* 56. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 56., *l. Haereditas* 50. *ff. de petit. haereditat.* (5. 3.)

§. 449.

Vindicatur res vel tota, vel pars dumtaxat ab eo, qui partis tantum dominus est (1): partis, inquam, tum certae, tum incertae, si justa caussa petitorem excuset; puta si

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 6. tit. 1 Cod. l. 3. tit. 32.

Falcidia locum habeat in re legata, sed adhuc ignoretur detractionum quantitas a judice definienda (2); vel si res plurium dominorum confusae, aut commixtae sint, ut nullatenus, vel sine maxima difficultate separari nequeant (3).

(1) *L. Quae de tota* 76. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 76. §. 1. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Marcellus* 3. §. 1., *l.* 4., *et* 5. *ff. hoc tit.*

§. 450.

Sed quid, si res nostra pro parte perierit, puta domus destructa sit? Pars, quae superest, vindicari potest, veluti area, et rudera (1); nec enim ex partis interitu amittitur dominium ejus, quae superest; aut haec in alterum transfertur. Aliud quidem obtinet in legato, si credimus Ulpiano, et Paulo existimantibus, extincto bove legato, neque corium, neque carnes deberi (2); sed ita responderunt jureconsulti ex praesumpta testatoris legantis voluntate, qui bovem relinquere voluit, non corium, aut carnes.

(1) *L. Solum* 49. *princip.*, *et* §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Quid ergo* 53. §. *Sed si animal* 5. *ff. de legat.* 1. (30. 1.), *l. Mortuo* 49. *ff. de legat.* 2. (31. 1.)

§. 451.

Legato grege, adhuc debetur ovis, quae sola superstes est; nec non area domus legatae, et destructae praestanda dicitur (1); et merito; etenim grex in una ove civiliter manere intelligitur (2); praeterquamquod singulas separatim oves legare intelligitur, qui gregem legat: area vero consideratur tamquam pars principalis, cum non solum aedes, sed inaedificata cedant solo, cui inhaerent (3): quare, pereunte accessorio, extingui non debet legatum principalis. Quod pertinet ad res commercio hominum exemptas, alibi expendimus, de rerum divisione agentes (4).

(1) *L. Si grege* 22. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

(2) *L. Sicut municipum* 7. §. *ult. in fin. ff. quod cujusq. universitat.* (3. 4.)

(3) *L. Qui res suas* 98. §. *ult. ff. de solutionib.* (46. 3.)

(4) *V. Tom. III. pag.* 3., *et seqq.*

§. 452.

Vindicanti restituenda est res una cum fructibus, caeterisque accessionibus (1): atque, si mobilis sit, restitui debet in loco, quo est; aut ubi agitur, seu petitur, si ita malit dominus, dummodo sumptus eroget necessarios, ut res transferatur, et quidem periculo suo (2), nec interest, an bonae fidei, an malae possessor sit, qui in alio loco rem consecutus fuit: nisi ab eo loco, in quo lis contestata est, malae fidei possessor eam transtulerit; quo casu suadet aequitas, ut suis impensis rem restituat, unde subtraxit (3).

(1) *L. Praeterea* 20. *ff. hoc tit.*, §. *Et si in rem* 2. *institut. de offic. judic.* (4. 17.)

(2) *L. Si res mobiles* 10., *et seq. ff. hoc tit.*

(3) *L. Si vero malae* 12. *ff. hoc tit.*

§. 453.

Porro statim restituenda est res, quae petitur; nisi justa caussa dilationem quandam expostulet, puta res mobilis alio in loco sit; dummodo possessor cautionem praestet de re intra definitum a judice tempus restituenda (1). Quod si possessor condemnatus pertinaciter restituere detrectet, dominus judicis auctoritate in rei immobilis possessionem mittitur, si vero mobilis sit, per apparitorem ei aufertur (2): plane si restituere nequeat, liberatur, praestando aestimationem (3): sed rem retinere non potest praetextu juris sibi in ea competentis, puta ususfructus, vel pignoris; de jure hoc, quod sero allegavit, alio judicio experiundum est (4).

(1) *D.* §. *Et, si in rem* 2. *institut. de offic. judic.* (4. 17.)

(2) *L. Qui restituere* 68. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 68. *prop. fin.*

(4) *Argum. l. Si quis conductionis* 25. *cod. de locat.* (4. 65.), *Novell.* 18. *cap. Illud quoque* 10.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 6. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 32.

§. 454.

Sed quid, si tertius eandem rem vindicare velit tamquam suam? Distinguendum est: si tertius vindicationem moverit pendente priore lite, in qua favore primi actoris sententia lata fuit, cavere hic possessori debet, se eam praestiturum secundo petitori, si forte deinceps pro eo sententia feratur (1): quod si lite jam finita tertius intercedat, res omnino restituenda est primo actori, adversus quem secundus de jure suo experiri tenebitur; non adversus possessorem, qui amplius non possidet, nec dolo malo possidere desiit, cum judicia imperio paruerit; nec ulla cautio praestanda est a primo petitore (2).

(1) *L. Is, a quo* 57., *et l. seq. ff. hoc tit.*

(2) *L.* 58. *prop. fin. ff. hoc tit.*

§. 455.

Diximus, possessorem vindicatione conventum, qui restituere nequeat, aestimationem praestando liberari (§. 453.): sed hoc aliquanto fusiore indiget explicatione: atque inspiciendum, an dolo, an culpa, an casu possidere desierit. Qui dolo fecit, ne possideret, praestare cogitur, in quantum adversarius in litem juraverit (1): nec ei, si strictum jus inspiciamus, cedendae sunt actiones ejus rei nomine competentes; scilicet in doli poenam (2): aliud tamen ex aequitate recipiendum (3); ne dominus, qui litis aestimatione jam consecutus est, ulterius ditetur cum dispendio adversarii (4).

(1) *L. Qui restituere* 68. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Is, qui dolo* 69. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Ut tantum* 14. §. *ult. ff. de serv. corrupt.* (11. 3.), *l. In depositi* 12. *ff. de re judicat.* (42. 1.)

(4) *L. Nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indeb.* (12. 6.)

§. 456.

Favorabilior est illius caussa, qui culpa desierit possidere; quippequi solam communem rei aestimationem praestat, non ex affectione vindicantis (1), eique omnino cedendae sunt actiones rei inhaerentes (2). Plane impunitum est factum infantis, et furiosi, qui rem corruperint (3): judicii infirmitas infantem excusat.

(1) *D. l. Qui restituere* 68. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si culpa* 63. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Quod infans* 60. *ff. hoc tit.*

§. 457.

Postremo, cum res casu fortuito periit, distinguunt plures, an perierit ante litem contestatam, an post eam. Si perierit ante litem contestatam, rursus distinguendum putant, utrum agatur adversus possessorem bonae, an malae fidei. Possessor malae fidei, saltem si fur sit, et praedo, re extincta, etiam lite nondum contestata, ad praestandam aestimationem tenetur (1): nisi forte rem domino obtulerit; isque accipere recusaverit (2). Nec referre quidam arbitrantur, an aeque peritura res fuisset apud dominum, nec ne; quia generatim traditur, rem post moram perire moratori, qui omne periculum subit (3).

(1) *L. Si pro fure* 7. §. *ult. ff. condiction. furtiv.* (13. 1.)

(2) *L. In re furtiva* 8. *ff. eod. tit.*

(3) *L. Si servus legatus* 108. §. *Si servus* 11. *ff. de legat.* 1. (30. 1.), *l. Si ex legati* 23. *ff. de verbor. oblig.* (45. 1.)

§. 458.

Sed repugnant alii eo fundamento, quod res domino suo pereat, si absque alterius culpa interierit, quemadmodum et domino suo clamat, et emolumentum parit: pro-

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 6. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 32.

inde succedit juris regula, quae vult, ne incommoda refugiat, qui commoda habet (1): atque sententia haec satis congruit Ulpiani (2), et Pauli responsis (3); quae generalia sunt de omni possessore: nec ideo ad malae fidei possessores coercenda. Nec Ulpianus alibi contrarium tradere existimandus est; licet enim generatim furem ad rei pretium teneri sentiat, nisi rem obtulerit ante interitum (4), non tamen excludit casum, quo res aeque apud dominum peritura fuisset; cum ejos nullam mentionem faciat.

(1) *L. Secundum naturam* 10. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *L. Item, si* 15. §. *ult. ff. hoc tit.*

(3) *L. Utique autem* 16. *ff. hoc tit.*

(4) *D. l. Si pro fure* 7. §. *ult.*, *et l. seq. ff. de condict. furtiv.* (13. 1.)

§. 459.

Quod modo diximus de possessore malae fidei, si res ante litem contestatam perierit, idem obtinet, re post motam litem extincta. Atque, si quis tantum possessor malae fidei sit, non fur, aut praedo, plerique fatentur (1), eum non teneri ad aestimationem praestandam, si aeque apud dominum peritura fuisset (2): sed aliud existimant in praedone servandum (3). Verum eaedem vigent rationes, cum res lite contestata periit (§. praeced.); propterea idem jus statuendum videtur. Paulus utique ex sententia Proculi praedonem ad restituendum damnat (4), sed non tangit casum, quo res apud dominum aeque peritura fuisset; praeterquamquod quaestio haec potius ex regulis juris naturalis definienda est.

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 34. *fer. in princip.*

(2) *D. l. Item, si* 15. §. *ult. ff. hoc tit.*, *ubi de possessore malae fidei, seu in mora restituendi posito tractat jureconsultus.*

(3) *L. Illud quoque* 40. *ff. de haeredit. petition.* (5. 3.)

(4) *D. l.* 40. *in med. princip.*

§. 460.

Quod ad possessorem bonae fidei pertinet, fatentur omnes, rei interitu sive ante, sive post litem contestatam, liberari ab aestimatione vindicanti praestanda, tametsi res apud dominum peritura non fuisset; nec enim, ut scite ratiocinatur Paulus, debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere (1). Exceptio admittenda esset, si, intelligens rem ad se non pertinere, litigare maluisset, quam restituere (2); hinc enim malae fidei possessor fieret; ideoque rem casu extinctam, seu ejus aestimationem praestare cogendus esset, si res apud dominum peritura non fuisset; ne dominus ex possessoris injusta mora damnum sentiat (§. 458.)

(1) *D. l. Illud quoque* 40. *in fin. princip. ff. de haeredit. petit.* (5. 3.)

(2) *Argum. l. Quod te mihi* 5. *ff. de reb. credit.* (12. 1.), *l. Nemo rem* 82. *ff. de V. O.* (45. 1.)

§. 461.

Caeterum fatentur omnes, re post litem contestatam perempta, licet possessor ejus aestimationem non praestet, fructus tamen ad eum usque diem perceptos restituere debere (1): quod si perierit dolo, aut culpa possessoris, etiam qui percipi potuerunt usque ad sententiam (2): sed de his alibi ex proposito, et fuse diximus; nec ideo ulterius immorandum putamus (3).

(1) *L. Utique* 16., *l. penult. ff. hoc tit.*

(2) *L. Fructus* 33. *ff. hoc tit.*

(3) *V. Tom. III. pag.* 165. §. 645., *et seqq.*

§. 462.

Qui tamen rem cum fructibus restituere jussus est, potissimum deductione facta impensarum necessariarum, atque utilium, jus retentionis habet in id usque tempus, quo

impensae taxatae fuerint, et solutae; nec prius restituere tenetur; licet impensae tam Inst. l. 4.
cito taxari nequeant, atque actor satisdationem offerat (1), nisi is, qui restituere de- tit. 6.
bet, moram faciat in prosequenda judicati executione, et sumptibus declarandis, ut ff. l. 6. tit. 2.
diutius rem retineat: quo casu in fraudis poenam res ab eo auferenda est, praestita Cod. l. 4.
per actorem satisdatione pro impensis (2). tit. 10.

(1) *L. Nam quod* 14. §. *penult.*, *et ult. ff. ad S. C. Trebellian.* (36. 1.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 22. *def.* 15. *in princip.*
(2) *Argum. l. ult. ff. hoc tit.*, *Fab. d. def.* 15. *num.* 5., *et seqq.*

§. 463.

Nec aliud dicendum, si possessor non in eo, quod pertinet ad taxandas impensas, sed in alia litis parte, puta in declarandis, et restituendis fructibus, vel sumptibus litis, in quos condemnatus fuerit, moram faciat (1); eadem coercendae frustrationis ratio est; idem propterea jus statuendum (2). Sane impensae a possessore bonae fidei factae compensari debent cum fructibus, quos ante litem contestatam percepit, licet alioquin restituendi non sint (3). Nec alii sumptus possessori restituuntur, quam qui ante litem motam facti fuerunt, nisi post acceptum judicium necessario impensum sit, ne res periret, vel deterior fieret (4). Sed et haec alibi expendimus, nec non, quae pertinent ad melioramenta, ut ajunt, seu sumptus melioris effecti praedii (5).

(1) *Fab. cod. hoc tit, lib.* 3. *tit.* 22. *def.* 16.
(2) *L. Illud quaesitum* 32. *ff. ad leg. Aquil.* (9. 2.)
(3) *L. Sumptus* 48. *ff. hoc tit.*, *Fab. d. def.* 16. *allegat.* 3. ✠
(4) *Fab. ibid. alleg. ult.* ✠
(5) *V. Tom. III.* §. 680., *et seqq. pag.* 176.

TITULUS IV.

De Publiciana in rem actione.

Instit. lib. 4. tit. 6. *De actionib.*
Digest. lib. 6. tit. 2. *De public. in rem act.*
Cod. lib. 4. tit. 10. *De obligat.*, *et actionib.*

SUMMARIA.

Publiciana actio duplex in jure commemoratur. §. 464.
Publiciana actio, qua fingitur res usucapta, licet usucapionis tempus nondum completum sit, iisdem fere regulis regitur, ac vindicatio. §. 465., *et* 466.
Publicianae actionis fundamentum est fictum dominium, seu jus possidendi competens illi, qui rem bona fide, et justo titulo comparavit, cuique tradita est. §. 467.
Publiciana actione recuperatur possessio rei, perinde ac si usucapta fuisset. §. 468.
Actio Publiciana competere potest ei, qui nunquam possedit, puta haeredi fideicommissario post restitutam haereditatem a fiduciario. §. 469.
Publiciana actione etiam dominus uti potest, si difficilis sit probatio dominii. §. 470.
An Publiciana competat illis, qui emerint ab eo, quem falso existimabant vendere posse, puta a furioso? §. 471.
Quasi possessio Publiciana actione vindicatur. §. 472.
Actio Publiciana competit adversus possessorem, qui debiliore jure possidet. §. 473.
Si duo rem emerint a non domino, posterior possidens Publiciana a priore conveniri nequit, sive ab eodem, sive a diversis personis emerint. §. 474.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 6. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 10. *Quid si titulo lucrativo rem habuerit, qui posterius eamdem comparavit, et possidet? §. 475.*

Publiciana actio competit emptori, pretio nondum soluto, dummodo res ei tradita sit. An bona fides desideretur? §. 476.

Actione Publiciana petitur restitutio rei cum fructibus, et accessionibus. §. 477.

§. 464.

Actio Publiciana sic dicta a Publicio praetore, qui primus edicto suo eam proposuit (1), duplex in jure proponitur. Prima, qua praetor fingit, usucaptum non esse id, quod revera usucaptum fuit: atque ideo impletam usucapionem rescindit (2), justa suadente caussa, puta quia dominus reipublicae caussa absens fuerit, vel captivus apud hostes (3): atque haec *rescissoria* speciatim appellari solet (4). An, et quatenus usucapio absentibus noceat, alibi explicavimus (5).

(1) §. *Namque, si 4. in fin. instit. hoc tit.*

(2) *L. In honorariis* 35. *ff. de obl., et actionib.* (44. 7.)

(3) §. *Rursus ex diverso* 5. *institut. hoc tit.*

(4) *L. Nec non* 28. §. *ult. ff. ex quib. causs. major.* (4. 6.), *l. Nullo* 24. *cod. de rei vindicat.* (3. 32.)

(5) *V. Tom. IV.* §. 251., *et seqq. pag.* 66.

§. 465.

Alia Publicianae actionis species ea est, qua contra praetor fingit usucaptum esse, quod vere nondum usucaptum est (1): de hac in hoc titulo agitur, eaque describi potest actio, qua quis rem, cujus possessionem bona fide, et justo titulo comparaverat, ac deinde casu amiserat ante completam usucapionem, repetit ab eo, qui infirmiore jure possidet (2).

(1) §. *Sed istae quidem* 3. *in fin. institut. hoc tit.*

(2) *D.* §. *Namque* 4. *institut. hoc tit.*, *l.* 1., *l. ult. ff. hoc tit.*

§. 466.

De Publiciana actione posterioris speciei, in qua Ulpiano auctore eadem omnia servantur, quae in rei vindicatione (1), quoad utriusque actionis indoles patitur, haec summatim tradenda sunt; (nec enim usu fori haec actio exolevit, licet illius nomen non soleat usurpari, prout acite animadvertunt interpretes (2)). 1. Quo fundamento inducta fuerit a praetore. 2. Quibus detur. 3. Pro quibus rebus 4. Adversus quos. 5. Quibus conditionibus. 6. Quid actor per Publicianam consequatur.

(1) *L. Sed et, si res* 7. §. *In Publiciana* 8. *ff. hoc tit.*

(2) *Voet in ff. hoc tit. num. ult. post alios plures.*

§. 467.

Fundamentum actionis Publicianae est fictum dominium, seu jus possidendi competens illi, qui rem bona fide, et justo titulo emptionis, donationis acquisivit, juncta rei traditione; ex quo possidendi jure nascitur usucapiendi facultas (1); sicut enim, re per verum dominum ex justo titulo tradita, accipiens dominium acquirit; ita si a non domino fuerit tradita, accipiens consequitur jus possessionis, ex quo procedit usucapio (2).

(1) *D.* §. *Namque* 4. *instit. hoc tit.*

(2) *Princ. instit. de usucapionibus* (2. 6.)

§. 468.

Hinc ulterius, quemadmodum verus rei dominus eam vindicare potest; ita aequum visum est praetori jus vindicationi proximum indulgere ei, qui rem bona fide, et justo titulo comparaverit ad recuperandam possessionem, perinde ac si rem per consuetum praescriptionis complendae tempus possedisset, et usucepisset (1): quod praetoris edictum summam habet aequitatem; tum ob difficultatem probandi dominii; tum quia

melior esse debet conditio illius, qui bona fide, et justo titulo rem nactus est, quam alterius, iniqui forte possessoris. Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 6. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 10.

(1) *D. §. Namque 4. instit. hoc tit., l. 1. in princ., et §. 1. ff. hoc tit.*

§. 469.

Quidam tamen casus sunt, in quibus singulari jure Publiciana actio competit, licet actor nunquam possederit: veluti haeredi fideicommissario post restitutam ex Senatusconsulto Trebelliano haereditatem (1): nimirum quia non tam possessio, quam jus possessionis a fiduciario in fideicommissarium censetur translatum; vel a defuncto in haeredem; ita ut, sicuti defunctus rerum, quas bona fide, et justo titulo possidebat, possessionem casu amissam Publiciana recuperare potuisset, ita et haeres, vel fideicommissarius, qui in jura defuncti, vel fiduciarii omnia succedit (2); nec mirum hoc videri potest; cum actio Publiciana a praetore inducta fuerit ex aequitate (3), quae haeredi quoque, ac fideicommissario favet.

(1) *L. Cum sponsus 12. §. 1. ff. hoc titul.*

(2) *L. Haeredem 59., l. Qui in jus 177. ff. de reg. jur.*

(3) *D. §. 4. instit. hoc tit., l. 1. princip., et §. 1. ff. hoc tit.*

§. 470.

Possessoribus, qui bona fide, et justo titulo rem a non domino comparaverint, Publicianam competere ex dictis (§. 465.) constat: non autem datur vero rei domino; quippequi civilem actionem, seu vindicationem habet (1): nisi forte nimis difficilis sit dominii probatio; atque ideo dominus, vindicatione praetermissa, bonam fidem, et justum titulum allegare velit, quo facilius amissam possessionem recuperet (2); quemadmodum permittitur domino, qui in vindicatione succubuerit, ad Publicianam confugere (3).

(1) *L. 1. §. 1. ff. hoc tit.*

(2) *Argum. l. Minor. 39. §. 1. ff. de evictionib.* (21. 2.)

(3) *D. l. 39. §. 1. ff. de evict.*

§. 471.

Incertum est, an Publiciana competat illi, qui emerit ab eo, quem vendere posse existimabat, cum vere non posset, puta a furioso? Negat Paulus (1), affirmat Ulpianus (2). Sunt, qui Paulum intelligunt de Publiciana instituenda adversus ipsum furiosum; Ulpianum de emptore, qui adversus extraneum rei possessorem agere velit. Alii Paulum de stricto jure interpretantur, Ulpianum de aequitate. Media sententia, quae Publicianam omnino denegat adversus furiosum, ex aequitate permittit adversus extraneum, praeferenda est.

(1) *L. Pro emptore 2. §. Si a furioso 16. ff. pro emptor.* (41. 4.)

(2) *L. Sed et, si 7. §. Marcellus 2. ff. hoc tit.*

§. 472.

Locum habet Publiciana non tantum in rebus corporalibus, sed etiam in incorporalibus, veluti usufructu, et servitutibus praediorum urbanorum, aut rusticorum, traditione, aut patientia constitutis (1); atque in his quasi possessio per Publicianam vindicatur, sicuti possessio in rebus, quae corpore constant. Rei nomine, cujus alienatio prohibita est, Publiciana non datur, ne fraus legi fiat (2): si tamen ideo prohibita sit rei usucapio adversus dominum, quia ipse adhuc possidere intelligitur, prout contingit in agris emphyteuticis, et vectigalibus, Publiciana adhuc competit (3).

(1) *L. Si ergo 11. §. 1. ff. hoc tit.*

(2) *L. Cum sponsus 12. §. Si res 4. ff. hoc tit.*

(3) *D. l. 12. §. In vectigalibus 2., et seqq.*

§. 473.

Instituitur haec actio adversus quemlibet possessorem, etiam bonae fidei, qui jure debiliore possidet (§. 465.), vel qui dolo malo possidere desierit; exemplo vindica-

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 6. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 10. tionis, cujus jure utitur Publiciana (§. 466.). Quod si secundus possessor aequali juri rem teneat, in pari caussa melior videtur possidentis conditio (1).

(1) *L. In pari caussa* 128. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 474.

Si ergo duo rem emerint a non domino, qui posterius emit, si possideat, Publiciana a priore conveniri nequit; quin intersit, utrum ab eodem, an a diversis emerint, prout recte tradit Neratius (1), licet aliud placuisse videtur Ulpiano (2): sed sine fundamento; quid enim interest quoad jus acquirentis, utrum ab eodem non domino, an a diversis, qui nec dominium habent, rem comparaverit? Cum ex trita juris regula, nemo plus juris in alium transferre possit, quam ipse habet (3): hic autem bona fides, et justus titulus acquirentis unice inspicitur (§. 467.), non alienantis, quicumque is sit, quippequi jus nullum habet. Sane, si ex duobus, qui diversis temporibus rem cumpararunt, neuter possideat, prioris caussa potior est (4); cum jus possidendi traditione primus acquisierit.

(1) *L. Si Ea res* 31. §. *ult. ff. de act. empti* (19. 1.)
(2) *L. Sive autem* 9. §. *Si duobus* 4. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Nemo* 54. *ff. de reg. jur.*
(4) *D. l.* 31. §. *ult. ff. de act. empt.*

§. 475.

Difficilior est quaestio, utrum posterior, qui rem acquisivit titulo lucrativo a non domino, eamque possidet, in Publiciana praeferri debeat priori non possidenti, qui rem ex onerosa caussa habuerit. Quidam affirmant eo moti fundamento, quod in pari caussa leges faveant illis, qui de damno vitando certant potius, quam contendentibus de lucro captando (1). Negant alii; atque, ut videtur, rectius; cum ad usucapionem aeque prosit titulus lucrativus, ac onerosus (2); et leges, quae de Publiciana loquuntur, lucrativum ab oneroso titulo non distinguunt (3). Quod si possideat ille, qui lucrativo titulo nititur, par caussa utrinque videri non potest; cum magna sint, ut omnes norunt, possessionis commoda. Publiciana conveniri non posse dominum, immo potiorem jure vindicationis eum esse, licet alter bona fide, et justo titulo possideat (4), apud omnes constat.

(1) *L. Quod autem* 6. §. *Simili modo* 11. *ff. quae in fraud. creditor.* (42. 8.)
(2) *Princip. institut. de usucapionibus* (2. 6.)
(3) *D.* §. *Namque* 4. *instit. hoc tit.*, *l.* 1., 2., *et pass. ff. hoc tit.*
(4) *L. penult.*, *et ult. ff. hoc tit.*

§. 476.

Competit Publiciana actio emptori, licet pretium nondum solverit (1), dummodo ei res tradita sit (2): licet enim dominium rei venditae, et traditae in emptorem non transferatur, atque ideo denegetur vindicatio, si pretium solutum non fuerit (3), transit tamen possessio, quae ad Publicianam actionem instituendum sufficit (§. 467.). Bona autem fides ab initio utique necessaria est, sed superveniens mala fides non impedit Publicianam (4). Quibus non adversatur Ulpianus, si pro *experiar* legatur cum Cujacio *ea pariat* (5); sane, qui Publiciana utitur, rem vere alienam esse fatetur, adeoque tunc in bona fide positus dici nequit.

(1) *L. De pretio* 8 *ff. hoc tit.*
(2) *L. Sed et si res* 7. §. *penult. ff. hoc tit.*
(3) §. *Venditae* 41. *instit. de rer. division.* (2. 1.), *l. Quoties* 15. *cod. de rei vindicat.* (3. 32.)
(4) *D. l.* 7. §. *In hac actione* 12., *et* §. *Publiciana* 14.
(5) *L. Si ego* 11. §. *interdum* 3. *ff. hoc tit.*

§. 477.

Petitur hac actione, ut res restituatur una cum fructibus, et accessionibus, exemplo vindicationis, de qua superiore titulo diximus; cum actio Publiciana eodem jure utatur (1). De actionibus in rem, quae ex pignore, possessione, servitutibus proficiscuntur, suis locis egimus. Duas quoque mixtarum species expendimus, nimirum familiae erciscundae, et communi dividundo (2). Tertia superest, quae finium regundorum appellatur (§. 320.), de qua hic agendum. Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 10. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 39.

(1) *L. Sed et si 7. §. In Publiciana 8. ff. hoc tit.*

(2) *Supra tit. 29. cap. 2., et 3.*

TITULUS V.

Finium regundorum.

Instit. lib. 4. tit. 6. *De actionib.*
Digest. lib. 10. tit. 1. } *Fin. regund.*
Cod. lib. 3. tit. 39. }

SUMMARIA.

Actione finium regundorum petitur, ut fines agrorum regantur, et discernantur. §. 478.

Actio finium regundorum duplex dicitur, quatenus unusquisque sustinet personam actoris, et rei. Quid usu fori servetur? §. 479.

Finium regundorum actio stricti potius juris, quam bonae fidei videtur. §. 480.

Actio finium regundorum manare potest vel ex contractu, vel ex quasi contractu, vel ex delicto. §. 481.

Quae sint explicanda de actione finium regundorum? §. 482.

Actio finium regundorum competit etiam usufructuariis, et creditoribus hypothecariis. §. 483.

An socius adversus socium experiri possit actione finium regundorum ante resolutam fundi communionem? §. 484., *et* 485.

Finium regundorum actio locum habet in praediis rusticis confinibus, non in urbanis. Quid si via publica intermedia sit, flumen, vel rivus privatus? §. 486.

Actio finium regundorum late sumpta complectitur etiam spatium, quo fossae, putei, sepes, arbores a confinio distare debent. §. 487.

Quid per hanc actionem petatur? §. 488.

An in judicio finium regundorum sufficiat cognoscere de jure possessionis, an de jure proprietatis etiam cognoscendum sit? §. 489.

Quid intersit, an termini, seu fines prius constituti restituendi sint, an primum constituendi. §. 490.

Fundi quantitas probatur per libros censuales, per demonstrationem finium factam a domino utriusque praedii, et per ocularem inspectionem. §. 491.

Termini antiqui restitui non possunt, nec novi constitui ab agrimensore, nisi vocatis omnibus, qui confines agros habent. Quid si hi contumaces sint? §. 492.

Testibus etiam de auditu, et visu aliorum deponentibus fundi quantitas probari potest: sicut et per culturam, atque perceptionem fructuum. §. 493.

Termini prius ab agrimensore ponendi sunt, et postea a judice approbandi. Agrimensor mercedem a singulis accipit. §. 494.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 10. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 39.

Finium regundorum judicio pendente, neutri licet aliquid de fundo vicini invadere. §. 495.

Fructus percepti veniunt in actionem finium regundorum. §. 496.

Spatium quinque pedum ex lege XII. tabularum relinqui debet liberum inter confines agros aratorios. §. 497.

Passus, digiti, unciae, et palmi nomine quae distantia intelligatur? §. 498., *et* 499.

Quae apud nos vigeant mensurarum species? §. 500., *et* 501.

Quibus verbis concepta fuerit lex Solonis Romano jure probata de finium distantia? §. 502., *et* 503.

Cur major latitudo pro olea, aut ficu praescribatur? Consuetudo in hac re potissimum spectanda est. §. 504.

Arborum distantia major, vel minor esse debet, habita ratione damni vicino imminentis. §. 505.

In arboribus tum radices, tum rami inspiciuntur, cum situs: nec non qualitas fundi in confinio positi. §. 506.

Nec arbores poni debent, nec aedificium juxta aream vicini, unde ventus excludatur tritico conterendo necessarius. §. 507.

Arbores, quae in alienas aedes impendunt, succidi jubentur: coerceri a terra ad quindecim pedes, qui impendunt in alienum agrum. §. 508.

Actio finium regundorum triginta annis praescribitur. §. 509.

Praescriptio ab eo tantum die incipit, quo quis ampliores agri sui fines possedit. An praescriptio haec vigeat in limitibus regnorum, parochiarum, et similium? §. 510.

Actio finium regundorum longo tempore excluditur, si quis alienum fundum cum amplioribus finibus per id spatium temporis possederit. §. 511.

§. 478.

Actio finium regundorum, qua inter eos agitur, qui confines agros habent (1), atque petitur, ut fines agrorum regantur, et discernantur, est actio mixta idest partim in rem, et partim in personam (§. 319.): in rem, quatenus confinis vindicat partem agri sui, terminorum confusione per alterum confinem injuria possessam: unde actio haec pro rei vindicatione esse dicitur a Paulo (2): in personam, quatenus praestationes personales in hanc actionem venire possunt (3).

(1) §. *Quaedam actiones* 20. *in fin. instit. hoc tit.*
(2) *L.* 1. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Sed et loci* 4. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 479.

Duplex quoque haec actio dicitur, non secus ac actiones familiae erciscundae, et communi dividundo, quatenus unusquisque duplicem personam sustinet, videlicet actoris, et rei (1), et par omnium caussa videtur (2): indeque procurator ad agendum datus ad defendendum quoque datus intelligitur (3): quamquam, judiciorum ordine inspecto, actor habetur, qui prius ad judicem provocat (4); quare et hic probandi onere adstringendus est (5).

(1) *L. Judicium* 10. *ff. hoc tit.*
(2) *L. In tribus* 13. *ff. de judic.* (5. 1.)
(3) *L. Si defunctus* 15. §. 1. *ff. de procuratorib.* (3. 3.)
(4) *D. l.* 13. *ff. de judic.*
(5) *L. Qui accusare* 4. *in fin. cod. de edend.* (2. 1.)

§. 480.

Disputant interpretes, utrum actio finium regundorum bonae fidei sit, an stricti juris. Plerique tamen stricti juris eam esse contendunt; tum quia nullibi invenitur recensita inter actiones bonae fidei, vel arbitrarias, tum quia fructus nonnisi post litem

contestatam judicis officio in ea praestantur; percepti prius bona fide percipientis sunt; mala fide condicuntur (1): in judiciis autem, seu actionibus bonae fidei ratio fructuum ante litem motam perceptorum habetur (2): quamquam, si petantur fructus in hoc judicio, non ex negotii indole, sed judicis officio adjudicari possunt (3). Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 10. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 39.

(1) *L. Sed et loci 4. §. Post litem 2. ff. hoc tit.*

(2) *Argum. l. Usurae 34. ff. de usur.* (22. 1.)

(3) *L. Non solum 56. ff. famil. ercisc.* (10. 2.), *junct. l. Partum 10. ff. de usur.*

§. 481.

Finium regundorum actio ex triplici fonte manare potest; nimirum ex contractu, vel quasi contractu, vel delicto. Ex contractu competit illi, qui a Sempronio emerit fundi majoris partem; atque agere potest adversus Sempronium, ut fundus dividatur, sua ipsi pars assignetur, et fines, seu termini ponantur. Ex quasi contractu agit adversus haeredem legatarius, cui latioris fundi pars legata fuerit. Postremo ex delicto locus fit huic actioni, si turbati, atque amoti fuerint termini, vel alio modo obscurati confines, ne amplius facile distinguantur (1).

(1) *L. ult. §. ult. ff. de termino moto* (47. 21.)

§. 482.

Hisce praemissis, inquirendum: 1. Quibus competat actio finium regundorum: 2. Pro quibus praediis: 3. Quae per eam petantur, et obtineri possint, ubi de spatio, seu distantia arborum, et similium a finibus alterius praedii, et diversis mensurarum generibus: 4. Quo tempore actio finium regundorum praescribatur.

§. 483.

Actio finium regundorum datur confinibus, seu iliis, qui confines aliis agros habent, sive domini sint, proprietatis jure gaudentes, sive tantum emphyteutae, fructuarii; immo et creditores pignoratitii (1); quia horum omnium interest, certam esse agrorum mensuram, et certos fines.

(1) *L. Sed et loci 4. § Finium 9. ff. hoc tit., l. Caedere 5. §. ult. ff. arbor. furt. caesar.* (47. 7.)

§. 484.

Sed socius adversus socium actione hac experiri non potest, in ea nimirum specie, qua Titius communem cum Sempronio fundum habeat, et proprium huic vicinum; cum enim unus ex sociis finium regundorum actione nec experiri, nec conveniri possit pro sua tantum parte, sed pro indiviso, ac in solidum sententia feratur, quia praediis potius, quam personis per hoc judicium prospicitur (1), nonnisi communione resoluta per divisionem, vel fundi communis alienationem, finium regundorum actio inter socios institui potest; ne quis adversus se ipsum agere videatur (2).

(1) *L. Sed et loci 4. §. Si alter 5. ff. hoc tit.*

(2) *D. l. 4. §. Si communem 7.*

§. 485.

Neque his adversatur, quod tradit Pomponius, si inter te, et me communes sint aedes Titianae, atque ex his in proprias meas aedes vicinas injuria immissum sit, aut vicissim, aut paries communis facto suo in aedes meas se inclinaverit, negatoriam actionem mihi competere (1): aut quod tradunt Paulus, et Ulpianus, aquae pluviae arcendae actionem competere socio, si aqua communis praedii noceat praedio alterius, aut vicissim (2); etenim in actione negatoria, et aquae pluviae arcendae socius de jure proprio, tamquam a jure socii separato, experiri potest; ideoque non in solidum, sed pro sola agentis parte condemnatio fit (3); cum in actione finium regundorum in solidum agatur, et sententia feratur (§. praeced.)

(1) *L. Sed si inter 27. ff. de servitutib. praedior. urban.* (8. 2.)

(2) *L. Si tertius 6. §. Inde quaeritur 2., et seq., l. Supra iter 11. §. Si ex privato 5. ff. de aqu., et aqu. pluv. arcend.* (39. 3.)

(3) *D. l. 6. §. 2., et 3. ff. de aqu. etc.*

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 10. tit. 1 Cod. l. 3. tit. 39.

§. 486.

Judicium finium regundorum, ait Paulus, locum habet in praediis rusticis confinibus; non vero in urbanis; cum haec vicina potius, quam confinia dicantur, atque ex communibus parietibus plerumque disterminantur (1): quare aedificia agris juncta ad hoc judicium non pertinent; utique vero horti in urbe positi (2). Quinimmo, si via publica intermedia sit, vel flumen, cessat actio finium regundorum (3); quia via, vel flumen magis in confinio esse intelligitur, quam ager vicini (4): rivus privatus non impedit, quominus finium regundorum agi possit (5).

(1) *L. Sed et loci* 4. §. *penult. ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 4. §. *penult. in fin.*
(3) *D. l.* 4. §. *penult. ff. hoc tit.*
(4) *L. Quia magis* 5. *ff. hoc tit.*
(5) *L. Sed, si rivus* 6. *ff. hoc tit.*

§. 487.

Si proprie, et stricte loquamur, actio finium regundorum dumtaxat pertinet ad fines agrorum, ut certi constituantur, et terminis positis amplius confundi nequeant; late tamen etiam complectitur spatium, quo fossae, putei, sepes, arbores diversi generis a confinio distare debent, prout lege Solonis pro Atheniensibus scripta, atque a Romanis probata continetur (1): qua tamen diversarum gentium moribus non congruit, ut infra dicemus; atque singulorum locorum consuetudines in hac re observandae sunt (2).

(1) *L. ult. ff. hoc tit.*
(2) *Brunneman. in ff. ad d. l. ult. num.* 3.

§. 488.

Petitur hac actione, ut confusi fines regantur, seu certo constituantur, ut termini ponantur, quo cujusque agri latitudo cognoscatur (1), nec non arbores, aut aedificia in confinio posita tollantur (2); quocumque tandem modo finium confusio contigerit, sive facto vicini, sive casu majore, puta aquae impetu (3).

(1) *L. Si irruptione* 8. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Haec actio* 2., *l. Sed et loci* 4. §. *Sed et si quis* 3. *ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 8. *in princ. ff. hoc tit.*

§. 489.

Quaerunt hoc loco interpretes, utrum in judicio finium regundorum sufficiat cognoscere de jure possessionis, an de jure proprietatis quoque cognoscendum sit: atque distinguunt, utrum is, qui finium regundorum agit, possideat, nec ne. In primo casu sufficit cognoscere de possessione, ex qua dominium praesumitur (1): nisi possessio actoris manifeste contraria sit titulis, quibus reus proprietatem suam demonstrat; quoties enim possessorium, ut ajunt pragmatici, a petitorio absorbetur, de petitorio omnino cognoscendum est (2): atque in agris praesertim facile contingit, ut vicinus, dum eos colit, fines suos praetergrediatur. Quod si possideat reus conventus, actor vincere non potest, nisi dominium, et jus sibi competens probet; ex trita juris regula: in pari caussa melior est conditio possidentis (3).

(1) *L. Si quis* 3. *cod. hoc tit.*
(2) *Fab. cod. de ordin. judic. lib.* 3. *tit.* 7. *defin.* 2. *in princip.*
(3) *L. In pari caussa* 128. *ff. de R. J.* (50. 17.)

§. 490.

Interest autem, cum de terminis, seu finibus constituendis agitur, utrum jam antea positi fuerint, sed deinceps turbati, atque ideo restitui petantur, an primitus ponendi sint. In priore specie sufficit demonstrare situm, in quo termini prius positi fuerant, quin opus sit fundi quantitatem probare; cum de reintegranda possessione tractetur potius, quam adipiscenda: in altero casu fundi quantitas prope fundum rei omnino demonstranda est.

§. 491.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 10. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 39.

Porro fundi quantitas diversis modis probatur. Imprimis per libros censuales, et vetera monumenta, nisi forte varietate successionum, vel arbitrio possessorum fines agrorum auctos, vel imminutos esse constet (1): 2. Per demonstrationem finium factam ab eo, qui utriusque praedii dominus fuit, cum alterum venderet (2): 3. Per ocularem, ut ajunt, inspectionem, inspecto situ fossarum, lapidum, stipitum, quibus solent distingui fines (3): misso etiam agrimensore, per quem rei veritas facilius detegi possit (4).

(1) *L. In finalibus* 11. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Eos terminos* 12. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Si irruptione* 8. §. 1. *ff. hoc tit.*, *l. Si quis* 3. *cod. hoc tit.*
(4) *D. l.* 8. §. 1., *d. l.* 3.

§. 492.

Sive autem termini antiqui restituendi sint, sive novi constituendi ab agrimensore, citandi sunt omnes, qui confines agros habent, et quorum interesse potest (1); quia forte fundi quantitas, quae ex una parte deest, ex alia exuberare potest: quod si pars citata contumax sit, judex nihilominus, agrimensoris opera, statuere potest, quod aequum videtur (2). Sane, qui per medium immutabile, veluti per viam publicam, aut flumen cohaerent, minime vocandi sunt; cum adversus eos finium regundorum agi nequeat (§. 486.)

(1) *D. l. Si quis* 3. *cod. hoc tit.*
(2) *D. l.* 3. *in med.*

§. 493.

Per testes quoque recte probatur uniuscujusque fundi quantitas; non tantum si ipsi de scientia sua, sed et si de auditu, et visu aliorum id referentium deponant, saltem si de antiquis quaestio sit (1): per culturam quoque, et perceptionem fructuum. Quod si probationes omnes desint, praesumptionibus locus fieri potest, puta agri cujusque fines ad fossae intermediae, vel rivi dimidiam partem praesumuntur extensi; ripa ejus in dubio creditur, qui superiorem agrum possidet (2).

(1) *Argum. l. Si arbiter* 28. *ff. de probat.* (22. 3.), *l. In summa* 2. §. *Idem Labeo* 8. *ff. de aqu., et aqu. pluv. arc.* (39. 3.)
(2) *Mascard. de probat. conclus.* 393., *et seqq.*

§. 494.

Quod ad hanc rem pertinet, animadvertendum putamus, prius ponendos esse terminos ab agrimensoribus, et postea a judice approbari, quia alias judicis sententia vix certa esse posset (1). Praeterea modus probandi per ocularem inspectionem caeteris praestat, et derogat, ita ut nec per judicis sententiam excludatur (2): cum autem tum actoris, tum rei intersit, ut agri fines constituantur, licet ocularis inspectio ab uno tantum petita sit, attamen agrimensor ab utroque mercedem accipit (3).

(1) *Brunneman. ad l. Si quis* 3. *cod. hoc tit. num.* 13.
(2) *Brunneman. ibid. num.* 15.
(3) *L. Sed et loci* 4. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 495.

Caeterum, pendente finium regundorum judicio, neutri licet aliquid de fundo vicini invadere; atque, si invaserit injuria, non partem tantum occupatam, sed tantumdem de suo restituere jubetur, in poenam injuriae (1): quod si justam habuerit occupandi caussam, idest vere ea pars sua sit, attamen eam amittit, quia jus sibi dicere voluit, non expectato magistratus imperio (2). Usu tamen hodierno vix est, ut hujusmodi poena obtineat.

(1) *L. Si constiterit* 4. *cod. hoc tit.*
(2) *L. Extat enim* 13. *ff. quod met. causs.* (4. 2.)

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 10. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 39.

§. 496.

Finium regundorum actione non tantum petitur, ut termini constituantur, vel restituantur, sed etiam, ut praestetur id, quod interest (1); adeoque fructus percepti post litem contestatam, non antea; nisi adhuc extent, vel mala fide percepti fuerint (2), damnum dolo, culpa lata, aut levi datum reficiatur (3).

(1) *L. Sed et loci* 4. §. 1. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 4. §. *Post litem* 2. *ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 4. §. 2., *et seq.*

497.

Difficilior est quaestio de finium distantia. Finium appellatione, ait Voet, venit proprie spatium quinque pedum, quod inter agros confines relinqui debebat liberum ab aratione (1); atque probat auctoritate Imperatorum in haec verba rescribentium. *Quinque pedum praescriptione submota, finalis jurgii, vel locorum libera peragatur intentio* (2); idest spatium quinque pedum inter confines agros aratorios relinquendum putant aliqui, quo ire agere uterque dominus possit, et aratrum circumduci: quod spatium quinque pedum lex XII. tabularum praescribi vetabat, prout innuunt Imperatores, ajentes, quinque pedum praescriptionem submovendam, seu rejiciendam esse (3); si vero ultra quinque pedes quaestio moveatur de agrorum finibus, actioni finium regundorum locus fit, sed et viget praescriptio saltem triginta annorum, prout infra explicabimus, si per hoc temporis spatium vicinus quiete possederit ampliores agri sui fines (4).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 9. *in princip.*
(2) *L. penult. cod. hoc tit.*
(3) *D. l. penult. in princip. cod. hoc tit.*
(4) *D. l. penult. in fin.*

§. 498.

Non consentiunt interpretes, quae sit passus mensura, seu longitudo. Probabiliora trademus tum de passu, tum de pede, et uncia, de quibus Romanae leges mentionem faciunt, tum subjiciemus mensuras, quae apud nos in usu sunt. Passus nomine apud Romanos significari videtur, quantum ambobus brachiis passis, seu extentis, inter longissimos digitos est: hinc praetor vicena millia passuum in singulos dies dinumerari jubet itineri faciendo (1). Digitus, de quo meminit Paulus (2), si quibusdam credimus, est spatium collectum ex quatuor granis tritici, vel hordei cohaerentibus per latitudinem: quare digitus aquae (3) est, quantum transire potest per quadratum foramen quaquaversum habens spatium quatuor granorum tritici, vel hordei.

(1) *L. Itinere* 3. *ff. de verbor. significat.*
(2) *In l. penult. ff. de servitut. praedior. rusticor.* (8. 3.)
(3) *De quo in d. l. penult.*

§. 499.

Unciam eruditi putant constare ex quinque granis tritici cum tertio, ita ut uncia sit digitus, et tertia digiti pars, et quantum pollex continet: palmus quatuor digitos habet, seu tres uncias: pes digitos sexdecim, seu uncias duodecim. Passus ex quinque pedibus constat, seu unciis sexaginta: pertica duos passus continet, seu pedes decem, ideoque uncias centum viginti. Caeterum digiti vix aliquando mentio fit; uncia consideratur tamquam primus mensurae gradus; inde progredimur ad pedem; tum ad passum, postremo ad perticam.

§. 500.

Hisce Romanarum legum scitis fere consentit jus nostrum, quo cautum, ut passus (*) sit norma aliarum mensurarum, atque in sex partes aequales dividatur, quae pedum *libralium* (**) nomine donantur; atque duplum passus, quod *pertica* dicitur, duodecim

pedibus *libralibus* constat: pedem autem libralem in duodecim uncias partimur, unciam in puncta duodecim: punctum in duodecim atomos (1): juger vero, seu jugerum (***) centum quadratis, seu tabulis constat: tabula passibus quatuor, ita ut juges quadringentos passus contineat, et tabula in duodecim pedes superficiales, pedes in duodecim uncias, uncia in duodecim puncta, punctum in duodecim atomos dividatur (2).

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 10. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 39.

(*) *Trabucco.*

(**) *Piedi liprandi: ita forte dicti pro* librandi, *a libra, quae duodecim uncias continet, sicuti pes libralis in totidem uncias dividitur.*

(1) *Edict. Caroli Emanuelis l.* 5. *junii* 1612. *penes Borel. pag.* 1047. *colon.* 1.

(***) *Giornata.*

(2) *Citat. Edict.* 5. *junii* 1612. *pen. Borel.*

§. 501.

Praeter pedem libralem duae aliae pedis species apud nos in usu sunt: videlicet *manualis*, et *legalis.* Manualis octo uncias continet (1): a manibus forte dictus, quatenus digitis Romanis decem fere constat (§. 498., et seq.). Legalis pes constat ex unciis sex, punctis decem, et ferme accedit ad pedem Romanum (2), de quo supra diximus (§. 499.)

(1) *Citat. Edict.* 5. *Junii* 1612. *num.* 2. *pen. Borel. pag.* 1047. *col.* 1.

(2) *Pollex dimidiam unciae partem excedit; ideoque duodecim unciae Romanae continent sex uncias, et decem puncta.*

§. 502.

Hisce praemissis, explicanda est lex Solonis a Gajo relata, cujus haec sunt verba. *Si quis sepem ad alienum praedium fixerit, infoderitque terminum, ne excedito: si maceriam, pedem relinquito, si vero domum, pedes duos: si sepulcrum, aut scrobem foderit, quantum profunditatis habuerint, tantum spatii relinquito: si puteum, passus latitudinem. At vero oleam, aut ficum ab alieno ad novem pedes plantato, caeteras arbores ad pedes quinque* (1).

(1) *D. l. ult. ff. hoc tit.*

§. 503.

Igitur sepes in confinio duorum praediorum ponere licet, dummodo terminus, seu lapis, aliudve signum, quo unus ab alio ager discernitur, non excedatur (1): si maceria, idest murus ex sicco lapide (2), pes intermedius relinqui debet; duo vero pedes, si domus in confinio aedificetur, relinquendi sunt: distantia sepulcri, et scrobis a profunditate dimetienda praescribitur: passus pro puteo: pro olea, aut ficu pedes novem, qui sex pedes nostrates fere continent; pro caeteris arboribus pedes quinque, seu tres cum dimidio ex nostratibus (3).

(1) *D. l. ult. in princ. ff. hoc tit.*

(2) *Qui vulgari sermone* Masera *appellatur.*

(3) *D. l. ult. ff. hoc tit.*

§. 504.

Quod ad spatium hac lege constitutum quaedam notanda sunt. Imprimis major latitudo pro olea, aut ficu praescribitur ex caussa radicum, quae longius aguntur, atque propiores alimentum vicini arboribus eriperent: sed et aliae arbores sunt, quae longiorem distantiam expostulant, veluti nuces, ne umbra noceant; atque de his, et similibus forte non meminit Solon (1), quia Athenis non inveniebantur. Praeterea communis omnium interpretum sententia est, distantias hac lege statutas apud plerasque gentes non observari; nec regulae certae instar habendas esse, quamquam prodesse possunt, maxime si municipalis lex, et consuetudo deficiat, in hac re spectandae sunt (2).

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 10. tit. 1. Cod. l. 3. tit. 39.

(1) *In d. l. ult. ff. hoc tit.*
(2) *Voet in ff. hoc tit. num. ult.*

§. 505.

Igitur consuetudini potissimum in hac re standum est: consuetudo autem diversa esse potest pro diversitate locorum: immo diversae regulae observantur pro diversitate adjunctorum, et praecipue damni, quod vicino imminet ex arboribus in confinio positis, ita ut prudentis judicis arbitrio, adhibito peritorum judicio, quaestio dirimi debeat (1), cum arborum distantia eo plane consilio inducta sit, ne vicino noceatur (2).

(1) *V. Pratic. legal. part. 2. Tom. I. pag. 372. §. 22., et seqq.*
(2) *L. 1. cod. de interdict. (8. 1.), l. ult. §. ult. cod. de servit. (3. 34.)*

§. 506.

Ex his patet, plura esse in hac re prae oculis habenda. In primis arborum qualitas, tum quod ad radices, tum quod ad ramos pertinet: praeterea fundi in confinio positi conditio inspicienda est, an vinea sit, an pratum, vel ager; postremis minus nocent tum radices, tum rami arborum, quam vineis. Situs quoque arborum efficere potest, ut plus, vel minus umbra noceant (1).

(1) *D. l. ult. §. ult. cod. de servit. (3. 34.), d. l. 1. cod. de interdic. (8. 1.)*

§. 507.

Hinc cum interrogatus fuisset Justinianus, utrum vicinus posset alterum prohibere, ne aedificium ita extolleret juxta aream suam, ut ventus excluderetur, et paleae ex hujusmodi obstaculo secerni a frugibus non possent, respondit, *nemini licere sic aedificare, vel alio modo versari, ut idoneum ventum, et sufficientem ad praefatum opus infringat* (1). Profecto si area fieret, postquam arbores jam posuerat vicinus, vix audiretur areae dominus, petens, ut illae tollantur: sibi imputare debet, cur alium areae situm non quaesierit.

(1) *D. l. ult. §. ult. cod. de servitut. (3. 34.)*

§. 508.

Hinc praetor duo interdicta proposuit de caedendis arboribus, quae in alienas aedes, vel in alienum agrum impendunt (1); illis nempe succidendis, his usque ad quindecim pedes a terra coercendis (2), ne umbra arboris vicino praedio noceat (3): atque ad horum interdictorum, exemplum rescripsit Imperator Alexander, succurrendum esse ei, cujus parieti ruina immineat, vel radicibus vicini excrescentibus, vel sub parietem excurrentibus (4).

(1) *L. 1. princip., et §. Deinde 7. et seqq. ff. de arborib. caedend. (43. 27.)*
(2) *D. l. 1. §. ult.*
(3) *D. l. 1. §. Quod ait 8.*
(4) *D. l. 1. cod. de interdic. (8. 1.)*

§. 509.

Actio finium regundorum triginta annorum praescriptione extinguitur (1); exemplo caeterarum actionum mixtarum, seu partim in rem, partim in personam naturam habentium. Neque aliud eruitur ex rescripto Imperatorum, quo praescriptionem quinque pedum inter agros aratorios rejicere videntur (1); etenim vel de praescriptione longi temporis intelligendi sunt Imperatores (§. 497.); vel si de longissimi temporis praescriptione accipiantur, dicendum est, legem illam posterioribus constitutionibus abrogatam fuisse (3).

(1) *L. ult. cod. hoc tit., l. 1. §. 1. cod. de annal. exception. (7. 40.)*
(2) *L. penult. cod. hoc tit.*
(3) *Nimirum d. l. ult. cod. hoc tit., d. l. 1. §. 1. cod. de annal. except.*

§. 510.

Sane, cum praescriptio sine possessione esse non possit (1), praescriptio non incipit, nisi ab eo die, quo quis ampliores agri sui odio vicini fines possedit. Quinimmo

praescriptionem non prodesse in limitibus regnorum, parochiarum, et similium ex praescripto juris canonici (2), plures sentiunt (3), si de illis certo constet.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 42. tit. 8. Cod. l. 7. tit. 75.

(1) *L. Sine possessione* 25. *ff. de usurpat., et usucap.* (41. 3.)

(2) *Cap. Super eo* 4. *extra Decret. Greg. de paroch.* (3. 29.)

(3) *Brunneman. in cod. ad l. ult. cod. hoc tit. num. ult.*

§. 511.

Diximus, actionem finium regundorum spatio triginta annorum praescribi (§. 509.): quod quidem intelligendum de eo casu, quo soli fines, seu limites agri praescribantur: si enim quis alienum fundum emerit, cujus fines ampliores a venditore demonstrati sint, atque emptor fundum cum finibus suis per consuetum usucapionis tempus, decem annorum inter praesentes, et viginti inter absentes, possederit, tum fundum, tum fines, non per se, sed tamquam fundi accessionem longo usu capiet (1); atque ita accessorium principalis conditionem sequitur (2). De termino moto suo loco agemus.

(1) *L. Pro emptore* 2. §. *Cum Stichum* 6. *ff. pro emptor.* (41. 4.)

(2) *Cap. Accessorium* 42. *extr.* 9. *de reg. jur. in* 6. *Decretal.*

TITULUS VI.

Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur.

Instit. lib. 4. tit. 6. *De actionib.*
Digest. lib. 42. tit. 8. *Quae in fraud. credit. etc.*
Cod. lib. 7. tit. 75. *De revoc. his, quae in fraud. credit. alienat.*

SUMMARIA.

Cur de actione Pauliana hoc loco dicendum sit? §. 512.

Actio Pauliana personalis est. Quae de illa sint expendenda? §. 513., *et* 514.

Actio Pauliana competit creditoribus chirographariis, quorum odio debitor res suas alienavit. An etiam hypothecariis? §. 515.

Pauliana actio creditoribus competit, licet bona alienata sint, antequam in possessionem mitterentur. §. 516.

Creditores a magistratu in possessionem missi praetorii pignoris jus consequuutur. Quae apud nos in hac re praescripta sint? §. 517.

Qui fraudis participes intelligantur? §. 518., *et* 519.

Haeredes debitoris in fraudem alienantis tenentur in solidum. §. 520.

Debitor ipse, qui fraude distraxit, Pauliana actione conveniri potest. §. 521.

Pauliana actione non tenetur, qui bona fide comparavit ab emptore fraudis conscio. §. 522.

Pauliana actione revocatur, quod quis titulo lucrativo acquisivit, licet fraudis conscius non fuerit. §. 523.

Quo differat comparans bona fide a fraudulento debitore ab eo, qui mala fide acquirit titulo oneroso? §. 524.

Ad revocationem titulo oneroso factam requiritur fraus tum in alienante, tum in acquirente: sed sufficit alienantis dolus, si titulo lucrativo alienatio facta sit. §. 525.

Quid de alienationibus ultima voluntate factis per legatum, aut donationem mortis caussa? §. 526.

Fraudis consilium a creditore allegante probandum est: sed indicia admittuntur. Quae sint praecipua? §. 527.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 42. tit. 8. Cod. l. 7. tit. 75.

Quid si alienatio secuta sit favore pupilli, qui doli particeps esse nequit? §. 528., *et* 529.

Dos respectu mariti titulus onerosus est, mulieris lucrativus. §. 530., *et* 531.

Alienare hic generatim intelliguntur, qui patrimonium suum deminuunt. §. 532., *et* 533.

Alienare in sententia jureconsultorum non judicatur, qui occasionem acquirendi praetermittit. §. 534., *et* 535.

Quid de patre filium emancipante, ut arbitrio suo adeat haereditatem? §. 536.

Fiscus revocat, quae debitores in fraudem ipsius acquirere omiserunt. §. 537.

Alienare apud nos censentur debitores etiam privatorum, qui haereditatem, legatum, vel donationem repudiant in fraudem creditorum. §. 538.

An Romanorum prudentum sententia juri naturali consentanea sit? §. 539.

Haeres in dispendium creditorum repudiare non potest legatum a defuncto nec agnitum, nec repudiatum. §. 540.

Solutio uno creditori facta non valet, postquam omnes in possessionem bonorum debitoris missi fuerunt. Quid si antea solutum sit? §. 541.

An vigilare videatur creditor, cui sponte solutum a debitore fuit? §. 542.

Solutiones, atque alienationes in fraudem creditorum factae apud nos irritae decernuntur. §. 543.

Datio in solutum aequiparatur solutioni in actione Pauliana, non autem compensatio. §. 544.

An pretium, alienatione per Paulianam rescissa, emptori restituendum sit? §. 545.

Quid de opem, vel consilium ferentibus debitori, qui in fraudem creditorum alienat, vel solvit? §. 546.

Actione Pauliana omnia restituuntur in pristinum, perinde ac si gesta non fuissent, una cum accessionibus. §. 547., *et* 548.

Quid de fructibus sive ante, sive post litem contestatam perceptis? §. 549., *et* 550.

An usurarum eadem sit ratio, ac fructuum? §. 551.

Creditores, in quorum fraudem debitor bona alienavit, prius agere nequeunt in rem adversus tertios possessores, quam personali revocatoria egerint adversus debitorem. §. 552.

Intra quod tempus Pauliana actio intentari debeat? §. 553.

§. 512.

Diximus de actionibus in rem civilibus, et praetoriis, seu de vindicatione, et Publiciana: tum de mixta, seu actione finium regundorum: de caeteris, seu realibus, seu mixtis egimus suis locis, prout institutionum imperialium ordo postulavit: expendimus quoque praejudiciales actiones, quibus quaeritur de statu hominis, an liber sit, an servus: an filius legitimus, naturalis, tum, cum de statu hominum agebamus (1). Quare ordo postulat (§. 321.), ut dicamus de actionibus personalibus, servata institutionum serie, atque imprimis de actione Pauliana, qua rescinduntur alienationes in fraudem creditorum factae (2).

(1) *V. Tom. I. pag.* 170. §. 447., *et seqq.*

(2) §. *Item si quis* 6. *instit. hoc tit.*

§. 513.

Pauliana actio personalis est; etenim non nascitur a jure aliquo in re, quod creditoribus competat, sed ex facto minus honesto, idest alienatione facta per fraudem alienantis debitoris, et ejus, in quem alienatio facta fuit, vel solius debitoris (1): unde actio Pauliana in factum actio dicitur (2); atque Paulus actionem hanc, non secus, ac Favianam, inter personales actiones recenset (3).

(1) *L. Ait praetor* 10. *in princip. ff. hoc tit.*

(2) *L. Hac in factum* 14. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Videamus* 38. *in princip., junct.* §. *In Faviana* 4. *ff. de usur.* (22. 1.)

§. 514.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 42. tit. 8. Cod. l. 7. tit. 75.

De Pauliana actione inquirendum est: 1. Quibus detur: 2. Adversus quos: 3. Quibus conditionibus, seu quae desiderentur, ut actioni Paulianae locus fiat: 4. Quid veniat alienationis nomine in hoc argumento: 5. Quis sit ejus finis, seu quae per eam petantur: 6. Quo tempore intentanda sit. .

§. 515.

Actio Pauliana competit creditoribus, in qoorum damnum res a debitore fraudulenter alienatae fuerunt; aut curatori bonis debitoris obaerati dati (1). Nec tantum chirographariis, si quibusdam credimus, sed etiam hypothecariis (2); quia actio hypothecaria non perimat personalem, cui Pauliana innititur, nec deterioris esse debeant conditionis creditores, qui diligentius sibi prospexerunt. Haeredes quoque creditorum hac actione utuntur, cum rei persecutoria sit (3); non haeredes debitoris fraudulenter alienantis: quare creditor, qui successerit debitori, Paulianam actionem, debito per confusionem extincto, non habet (4).

(1) *L.* 1. *in princip. ff. hoc tit.*
(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 3., *Perez. cod. hoc tit. num.* 4.
(3) *L. Ait praetor* 10. §. *ult. ff. hoc tit.*
(4) *L. Filios* 4. *cod. hoc tit.*

§. 516.

Dissentiunt interpretes, otrum competat actio Pauliana creditoribus, si alienatio in eorum fraudem facta fuerit, antequam in bonorum debitoris possessionem missi fuerint: aliqui negant, existimantes, in eo tantum casu competere, quo fraudulenta alienatio secuta sit post missionem in possessionem (1). Verum legibus magis consentanea est sententia, utroque casu Paulianae actioni locum esse (2). Sane Julianus libertates antea datas tantum excipit (3); atque revocationem rerum a debitore dolo alienatarum aperte permittit, licet creditores in possessionem missi non fuerint (4).

(1) *L. Is, qui a debitore* 9. *ff. hoc tit.*
(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 3., *Vin. ad* §. 6. *instit. hoc tit. num.* 3.
(3) *L. Si quis* 15. *ff. hoc tit.*
(4) *L. Omnes debitores* 17. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 517.

Unum tamen discrimen est inter utrumque casum, si nempe debitor, postquam creditores in possessionem bonorum missi fuerunt, eadem in creditorum fraudem alienaverit: etenim creditores jussu magistratus missi in possessionem consequuntur jus pignoris, quod praetorium appellatur (1), et cujus amissam possessionem recuperare possunt (2). Jure nostro, ut obiter dicamus, competit hypotheca legalis creditori in bonis debitoris a die, quo sententia condemnationis publicata fuit (3): contra quam Romano jure statuatur (4). Quamquam non desunt, qui putant, actionem hanc creditori in possessionem misso competentem potius quasi Servianam, seu hypothecariam esse, quam Paulianam.

(1) *De quo diximus Tom. IX.* §. 1479., *et seqq. pag.* 375.
(2) *L. ult. cod. de praetor. pign.* (8. 22.)
(3) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 23. §. 18. *V. d. Tom. IX.* §. 1513.
(4) *D. Tom. IX.* §. 1512. *pag.* 383.

§. 518.

Conveniuntur actione Pauliana, qui rem a debitore in fraudem creditorum alienante compararunt, si modo fraudis participes sint, cum ex titulo oneroso rem acquirunt (1): fraudis autem participes intelliguntur, qui sciunt debitorem fraudandorum creditorum caussa alienare; non si tantum sciant, alienantem aere alieno obstrictom esse (2): nisi, vendente debitore, testato, seu coram testibus, conventi fuerint, seu moniti, ne emerent (3).

Inst. l. 4 tit. 6. ff. l. 42. tit. 8 Cod. l. 7. tit. 75.

(1) *L. Quod autem* 6. §. *Hoc edictum* 8., *l. Ait praetor* 10. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 10. §. *Quod ait* 2, *et* §. *Alias autem* 4. *ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 10. §. *Si quis particeps* 3.

§. 519.

Neque requiritur ad Paulianam actionem, ut emptor sciat per alienationem a debitore factam fraudari omnes creditores; sed sufficit, si sciat, unum fraudari (1); in fraudis poenam revocationi merito subjicitur: si tamen debitor creditori, cui emptor fraudem fieri cognovit, solverit, aliove modo satisfecerit; censuit Ulpianus, aliis creditoribus, quibus noceri ignorabat emptor, revocatoriam actionem denegandam (2); cum enim alii creditores non ex propria, sed ex hujus persona Paulianam actionem in hoc casu habeant, praerepta huic per satisfactionem actione, pro aliis quoque cessare debet. Non tamen, subdit jureconsultus, licet emptori fraudis conscio eludere actionem, offerendo, quod debetur creditori, quem sciebat fraudari (3); ne in potestate rei sit aliis creditoribus fraudatis nocendi.

(1) *D. l. Ait praetor* 10. §. *Illud certe* 7. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 10. §. *Quid ergo* 8.
(3) *D. l.* 10. §. 8. *in fin. ff. hoc tit.*

§. 520.

Quod spectat haeredes debitoris in fraudem creditorum alienantis, existimant aliqui, eos non teneri ultra id, quod ex dolo defuncti perceperunt (1); quia, licet actio Pauliana pertinere videatur ad rei persecutionem, ex delicto tamen dari intelligitur (2). Alii tamen rectius defendunt, haeredes in solidum semper teneri, prout jure canonico praescriptum est (3); tum quia factum defuncti praestare debent; ex cujus persona lucrum sentiunt (4); tum quia, si proprie loquamur, revocatio alienatorum non in poenam emptoris fraudis conscii, sed potius ad indemnitatem innoxii creditoris inducta est; quamquam, suadente aequitate, permissa non fuit odio bona fide, et titulo oneroso acquirentis, prout infra explicabimus.

(1) *D. l. Ait praetor* 10. §. *ult.*, *junct. l. sequ. ff. hoc tit.*
(2) *Argum. l. Item, si res* 4. §. *ult.*, *et ll. seqq. ff. de alienat. judic. mutand. causs. fact.* (4. 7.)
(3) *Cap. In litteris* 5. *extra Decret. Greg. de raptorib.* (5. 17.)
(4) *L. Ex qua persona* 149. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 521.

Non tantum illi, qui rem a debitore fraudante compararunt, Pauliana actione conveniri possunt, sed ipse debitor, qui fraude distraxit (1): ex quo enim dolo possidere desiit, adhuc possidere intelligitur (2); ita ut, si aliunde creditoribus suis, quos fraudavit, satisfacere nequeat, competentiae beneficio gavisurus non sit, immo in carceres detrudi possit, poenam fraudis suae subiturus.

(1) *L.* 1. *in fin. princip. ff. hoc tit.*
(2) *L. ult. cod. hoc tit.*

§. 522.

Qui bona fide comparavit ab emptore fraudis conscio, cum debitor in dispendium creditorum bona sua venderet, Pauliana actione non teneri, tradit Paulus (1); etenim dolus auctori suo nocere debet, non alteri innoxio: quare emptor malae fidei ad solidum pretium erga creditores condemnandus est (2): bona fides secundum emptorem excusat: si ergo mala fide rem comparaverit, Paulianae actioni subjicitur (3).

(1) *L. Is, qui a debitore* 9. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 9. *in fin. ff. hoc tit.*
(3) *L.* 1. *in princ. ff. hoc tit.*

§. 523.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 42. tit. 8. Cod. l. 7. tit. 75.

Jam innuimus, non revocari per actionem Paulianam, quod quis habuit titulo oneroso a debitore in fraudem creditorum alienante, nisi acquirens fraudis particeps sit, idest sciat, creditores alienatione fraudatos esse (§. 518.): quod si rem titulo lucrativo quis nanciscatur, revocationem patitur, licet dolo careat (1). Cum titulus onerosus intervenit, tum emptor, tum creditores de damno vitando certant: in pari autem caussa favorabilior visa est possidentis conditio (2): contra acquirens titulo lucrativo certat de lucro captando adversus creditores, qui damnum vitare nituntur: quorum ideo caussa potior videri debet (3).

(1) *L. Quod autem* 6. §. *Simili modo* 11., *l. Omnes debitores* 17. §. 1. *ff. hoc tit.*, *l. penult. cod. hoc tit.*

(2) *D. l.* 6. §. 11. *ff. hoc tit.*, *l. Sive autem* 9 §. *Si duobus* 4. *in fin. ff. de publician. in rem action.* (6. 2.)

(3) *D. l.* 6. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 524.

Discrimen attamen est inter comparantem a fraudulento debitore bona, vel mala fide titulo oneroso; ille enim restituere non tenetur, nisi quatenus locupletior factus est: hic vero in doli poenam solidum restituere cogitur (1): illi parcendum merito censuerunt legislatores; alioquin damnum innocens sentiret: hic sibi imputare debet, cur lucrum ex alterius fraude captare voluerit.

(1) *D. l. Quod autem* 6. §. *Simili modo* 11. *ff. hoc tit.*

§. 525.

Duo ergo requiruntur ad revocationem titulo oneroso factam: nimirum fraus alienantis, et fraus acquirentis, ita ut unum sine altero non prosit creditori (1): si vero res titulo lucrativo alienata fuerit, sufficit dolus alienantis, licet acquirens, puta donatarius, fraudis particeps non sit (2). Neque sufficit in alienante fraudandi consilium; sed insuper eventus requiritur; seu ut creditores vere damnum sentiant ex hac alienatione: alioquin, si, quod ipsis debitum est, ex aliis debitoris bonis habere possint, conqueri nequeunt, se fraudatos esse, ut patet (3).

(1) *L.* 1. *in princ.*, *l. Ait praetor* 10. *in princ. ff. hoc tit.*

(2) *L. Quod autem* 6. §. *Simili modo* 11. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Ait praetor* 10. §. 1., *l. Si quis* 15. *ff. hoc tit.*

§. 526.

Excipiuntur ab hac regula alienationes non inter vivos, sed actu ultimae voluntatis factae; puta per legatum, aut donationem mortis caussa; cum enim liberalitates istae praestari non debeant, nisi prius soluto aere alieno, licet defunctus fraudandorum creditorum consilium non habuerit, si tamen eventu fraudati sint, utilis actio Pauliana creditoribus datur ad revocandum, quod solutum fuit (1); atque idem traditur de fideicommissariis libertatibus, licet maximus sit earum favor (2): directas autem datas valere placuit, si consilium fraudandi defuerit (3).

(1) *L. Quod autem* 6. §. *pen. ff. hoc tit.*, *junct. l.* 1. §. 1. *ff. Si quid in fraud. patron.* (38. 5.)

(2) *L. ult. cod. qui manumittere non possunt* (7. 11.)

(3) *L. Si quis* 15. *ff. hoc tit.*

§. 527.

Fraudandi consilium, cum res facti sit, ab allegante creditore probari debet (1): quia tamen, utpote in animo latens, difficilis probationis est, idcirco indicia etiam, et conjecturae graviores admittuntur (2). Inter fraudis indicia haec recenseri solent: 1. Si alienatio clam fiat, et potissimum in conjunctas personas: 2. Si debitor post secutam alienationem adhuc bona alienata possidere pergat: 3. Si pactum retrovenditionis adje-

Inst. l. 4 tit. 6. ff. l. 42. tit. 8. Cod. l. 7. tit. 75.

ctum fuerit, maxime ab eo, qui foenerari solet: 4. Si quis bona sua distrahat in eum casum, seu sub ea conditione, si bona publicari contingeret: 5. Si nec necessitas rei familiaris alienationem expostulaverit, nec utilitas appareat: 6. Alienationes, quae fiunt a debitore brevi, antequam bonis cedat, in fraudem creditorum factae praesumuntur (3): immo gravi pecuniaria poena apud nos coercentur, qui a decoctore doloso bona comparaverint (4). Postremo facilius fraudis conscius judicatur debitor, qui omnia bona sua alienat.

(1) *L. Quoties operae* 18. *ff. de prob.* (22. 3.)
(2) *L. Dolum* 6. *cod. de dol. mal.* (2. 21.)
(3) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 33. §. 13. *in fin.*
(4) *Reg. Constit. lib.* 2. *tit.* 16. *cap.* 6. §. 7.

§. 528.

Sed quid, si alienatio ex caussa onerosa secuta sit favore pupilli, qui propter aetatis imbecillitatem doli particeps esse nequit? Distinguendum est, an solus, an tutore auctoritatem praestante contraxerit. In primo casu; dummodo adsit fraus debitoris alienantis, atque creditores per alienationem vere fraudati fuerint, revocatio permittitur odio pupilli: hujus ignorantia, quae per aetatem contingit, ait post Labeonem Ulpianus, non debet creditoribus esse captiosa, et pupillo lucrosa (1): favorabilior visa est conditio creditorum jus prius quaesitum habentium, quam pupilli contrahentis sine tutoris auctoritate.

(1) *D. l. Quod autem* 6. §. *Si quid* 10. *ff. hoc tit.*

§. 529.

In altero casu, quo pupillus tutore auctorante contraxerit cum debitore in fraudem creditorum alienante, distinguit Paulus, ita ut in pupillum actio non detur, si tutor fraudis conscius non fuerit (1), quemadmodum observatur in majoribus bona fide contrahentibus (§. 523.): quod si tutor debitoris alienantis dolum non ignorans ab eo comparaverit, tutoris scientia hactenus pupillo nocet, quatenus ad eum pervenit (2). Idemque in curatore furiosi, vel adolescentis obtinet (3), cum eadem sit ratio.

(1) *L. Ait praetor* 10., §. *Ait praetor* 5. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 10. §. 5. *in fin. ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 10. §. 5. *prop. fin.*

§. 530.

Cum intersit, an quis titulo oneroso, an lucrativo rem a debitore fraudante nactus sit (§. 523.), investigandum est, an titulus dotis ad lucrativam, an ad onerosam caussam pertineat. Dos respectu mariti onerosus titulus dici debet, cum eam accipiat ad sustinenda onera matrimonii (1): proinde locum habet distinctio inter maritum scientem, et ignorantem (2). Sed respectu mulieris lucrativus titulus est, ut proinde, solutis nuptiis, dotem a doloso debitore habitam, mulier, haeredesve ejus restituere teneantur, licet mulier doli particeps non fuerit (3).

(1) *L. Dotis fructum* 7. *ff. de jur. dot.* (23. 3.), *l. Pro oneribus* 20. *cod. eod. tit.* (5. 12.)
(2) *L. ult.* §. 1., *et* 2. *ff. hoc tit.*
(3) *D. l. ult.* §. 1. *prop. fin.*, *l. Si successione* 2. *cod. hoc tit.*

§. 531.

Equidem actione Faviana, aut Calvisiana non repetit patronus dotem a liberto filiae suae in dispendium patroni constitutam; sed libertus dotem filiae dando non videtur fraudare patronum in successione (1); cum aequitas suadeat, dotis a patre filiae constituendae potiorem habendam esse rationem, quam successionis patrono deferendae: quare nec fraus patrono facta judicatur a liberto, qui filio suo mortis caussa donet, aut leget (2), contra quam observatur in creditoribus (§. 526.)

(1) *L.* 1. §. *Sed si libertus* 10. *ff. Si quis in fraud. patron.* (38. 5.)
(2) *D. l.* 1. §. *Quod autem* 2.

§. 532.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 42. tit. 8 Cod. l. 7. tit. 75.

Post haec inquirendum, quid veniat in hoc argumento alienationis nomine. Cum praetor, actionem Paulianam inducendo, prospicere utique voluerit creditorum indemnitati, sed simul consulendum sit illis, qui a debitore in fraudem alienante compararunt, alienare generatim creduntur, qui res suas in alios transferunt, atque patrimonium deminuunt, non qui id tantum agunt, ne locupletentur, seu acquirere omittunt, quod acquirere possent (1): maxime quia, si proprie loquamur, alienare non intelligitur, qui non utitur acquirendi occasione (2): quamquam apud nos aliud statuere placuit, prout infra dicemus.

(1) *L. Quod autem* 6. *in princip. ff. hoc tit.*
(2) *L. Alienationis* 28. *ff. de verbor. significat.* (50. 16.)

§. 533.

Igitur alienare videtur, qui rei dominium in alterum transfert; acceptilatione, vel pacto debitorem suum plene solvit (1); qui pignora liberat, vel remittit hypothecas sibi competentes, ante diem alteri creditori solvit (2); proinde revocandum est commodum, quod ex repraesentatione creditor sentit (3): qui debitorem se constituit erga eum, cui vere non debet (4); qui data opera judicio non adfuit, ut indefensus condemnetur; vel a debitore non petit, ut hic tempore liberetur; usumfructum, aliamve servitutem non utendo amittit (5): vel viliori mercede rem suam locat (6); in his enim, et similibus casibus patrimonium suum vere deminuit debitor; adeoque alienatio per edictum praetoris revocatur (§ praeced.)

(1) *L.* 1. §. *ult. ff. hoc tit.*
(2) *L. Idem erit* 2., *l. Et si pignus* 18. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Ait praetor* 10. §. *Si cum in diem* 12., *l. Omnes debitores* 17. §. *ult. ff. hoc tit.*
(4) *L. Vel ei* 3. *ff. hoc tit.*
(5) *D. l.* 3. §. 1., *et l. seq. ff. hoc tit., d. l. Alienationis* 28. *ff. de V. S.*
(6) *L. In venditionem* 8. §. 1. *in fin. ff. de reb. auctorit. judic. possidend.* (42. 5.)

§. 534.

Sed in jureconsultorum sententia non intelligitur alienare, quoad effectum actionis Paulianae, qui occasionem acquirendi praetermittit (§. 532.): quod et in aliis casibus leges Romanae probant; cum non directe, sed indirecte creditores damnum sentiant. Hinc tradunt jureconsulti, posse debitorem, quin incidat in edictum praetoris, repudiare haereditatem, sive legitimam, sive testamentariam (1); nec non legatum (2): quod et ad legitimam liberis naturali jure debitam plerique extendunt (3): quia nec legitima liberis nolentibus acquiritur; adeoque repudiando patrimonium non imminuunt (§. 532.)

(1) *L. Quod autem* 6. §. *Proinde* 2. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 6. §. *Sed et illud.* 4.
(3) *Voet in ff. hoc tit. num.* 16.

§. 535.

Eodem fundamento censuit Papinianus, non videri fraudatos creditores a patre, qui fideicommissum maternae haereditatis filio sui juris facto restituerit, non expectata morte sua, nec retenta quarta, sed plenam fidem, et debitam pietatem servatam (1): atque idem tradit Callistratus de quovis haerede fiduciario, fideicommissum, minime retenta quarta Trebellianica, restituente (2): ex quo infert Tiraquellus, primogenitum posse renunciare juri primogenii, licet inde creditores damnum sentiant (3).

(1) *L. Patrem* 19. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Debitorem* 20. *ff. hoc tit.*
(3) *Tiraquell. de jur. primogenitur. quaest.* 24.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 42. tit. 8. Cod. l. 7. tit. 75.

§. 536.

Neque in fraudem creditorum alienare judicatur debitor, qui conditioni non paret, ne committatur odio alterius contrahentis stipulatio (1): neque qui filium emancipat eo consilio, ut suo arbitrio adeat haereditatem, in qua institutus est, et pleno jure acquirat (2), aut servum haeredem ab extraneo institutum bona fide manumittit (3).

(1) *D. l. Quod autem 6. §. 1. ff. hoc tit.*

(2) *D. l. 6. §. Simili modo 3.*

(3) *D. l. 6. §. Si servum 5. ff. hoc tit.*

§. 537.

Excipitur ab hac regula fiscus, cui tributum, ut revocare possit, quae a debitoribus in fraudem ipsius acquisita non sunt (1): quamquam, humanitate suadente, concessum fuit patri capitis reo, ut emancipet filium haeredem institutum, quo haereditatem adire, et sibi acquirere possit (2).

(1) *L. In fraudem 45. in princip. ff. de jur. fisci (49. 14.), Reg. Constit. lib. 6. tit. 10. §. 12.*

(2) *L. Cum quidam 26. ff. eod. tit. de jur. fisci.*

§. 538.

Jus favore fisci inductum Regiae sanctiones ad creditores omnes produxerunt, atque decreverunt, ne debitores sive fiscales, sive privatorum, haereditatem, legatum, aut donationem repudiare possint in fraudem fisci, vel creditorum; ita ut repudiatio, vel renunciatio ipso jure nulla sit; atque tum fiscus, tum caeteri creditores, quod ipsis debitum est, consequi possint super haereditate, legato, vel donatione, perinde ac si debitor eas agnovisset, cum pro agnitis habeantur (1).

(1) *Reg. Constitut. d. lib. 6. tit. 10. §. 12.*

§. 539.

Quinimmo nec desunt, qui putant, juri naturali parum consentaneam esse Romanorum prudentum (§. 534.) sententiam; cum lex naturalis prohibeat omnem dolum, atque praecipiat, ut debitor, quantum in se est, creditoribus suis satisfaciat; adeoque lucra sibi delata non recuset in creditorum dispendium: prout in Gallia contra Romani juris sanctionem observatur (1). Dicimus lucra delata, puta fideicommissum, cujus dies venerit, vel conditio jam extiterit: aliud forte affirmandum, si lucrum adhuc deferendum sit (2); nec odio creditorum, sed ex alia justa caussa ei renuncietur.

(1) *Brunneman. in pandect. ad L. Quod autem 6. ff. hoc tit. num. 7., 8., et 9.*

(2) *Brunneman. ibid. d. num. 9.*

§. 540.

Plane, si debitori legatum relictum fuerit, atque is decesserit, nec probato eo, neque repudiato, permittendum non videtur haeredi, ut illud in necem creditorum defuncti repudiet; cum legatum recta via a testatore in legatarium transeat (1), si repudietur (2): proinde defuncti debitoris patrimonium deminuere videretur haeres, quod non licet in dispendium creditorum (3): nisi malit haeres ex bonis suis aes alienum solvere.

(1) *L. A Titio 64. in fin. ff. de furt. (47. 2.)*

(2) *L. 1. §. Utrum autem 6. ff. si quid in fraud. patron. (38. 5.)*

(3) *D. l. Quod autem 6. in princ. ff. hoc tit.*

§. 541.

Sequitur disceptatio de solutione uni ex pluribus creditoribus facta, utrum a caeteris revocari possit, nec ne. Atque hic imprimis distinguendum, an debitor uni solverit, postquam omnes in possessionem bonorum debitoris magistratus auctoritate missi fuerunt, an antea. In primo casu nihil proficit solutio, tum facta, sed conferre omnino debet, quod accepit: cum per datam creditoribus bonorum possessionem, et pignoris praetorii jus inductum, aequalis omnium creditorum conditio facta sit (1): in altero

casu tradit ex Juliani sententia Ulpianus, creditorem non incidere in edictum praetoris, licet sciens prudens debitorem solvendo non esse receperit, quia sibi vigilavit (2). Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 42. tit. 8. Cod. l. 7. tit. 75.

(1) *D. l. Quod autem* 6. §. *Sciendum* 7. *in fine ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 6. §. 7. *in princip.*, *l. Ait praetor* 10. §. *Si debitorem* 16 *ff. hoc tit.*

§. 542.

Quid ergo, si creditor sibi non vigilaverit, idest non petierit, sed debitor sponte creditori obtulerit, quod ipsi debebatur? Affirmat Scaevola (1), rationem subjiciens, quia vigilasse etiam videatur creditor, cui sponte solutum a debitore fuit (2). Sane fatentur omnes, in foro conscientiae delinquere debitorem, qui sciens se imparem esse dimittendis omnibus creditoribus, minime coactus judicis imperio, uni solvit, cum caeteros vere fraudet: sed plures sentiunt, retineri posse a creditore, quod accepit, cum vere sibi debitum receperit.

(1) *In l. penult. ff. hoc tit.*

(2) *D. l. penult. in fin.*

§. 543.

Jure, quo utimur, ut alibi diximus (1), coepta bonorum cessionis caussa, vel discussionis instantia, perinde ac si creditores in bonorum possessionem missi essent (cum bona a magistratu creditorum nomine possideri videantur), ratae non habentur ullae solutiones factae a debitore cuicumque creditori: atque, quod forte solutum fuerit, conferendum est, ita ut creditor, cui solutio facta est, caeteris exaequetur (2): atque idem observandum praescribitur de caeteris alienationibus, quae in fraudem creditorum factae praesumi possint (3).

(1) *V. Tom. IX.* §. 1625. *pag.* 412.

(2) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 33. §. 13.

(3) *Reg. Constit. d.* §. 13. *in fin.*

§. 544.

Quae de solutione hactenus diximus, conveniunt dationi in solutum, cum datio in solutum vim, et effectus solutionis habeat (1): facilius prodesse videtur compensatio, quippequae ipso jure obligationem tollit (2). Hinc supra diximus, post cessionem bonorum objici posse compensationem, dummodo compensandi facultas ante cessionem competeret; nec compensationem tolli per rescriptum moratorium a Principe concessum debitori, sicuti nec retentionem (§. 285.)

(1) *L. Manifesti* 17. *cod. de solut.* (8. 43.)

(2) *L. Verum est* 4. *ff. de compensationib.* (16. 2.)

§. 545.

Porro, alienatione per actionem Paulianam rescissa, pretium, quod debitori solvitur, emptori non restituitur, nisi nummi adhuc extent in bonis debitoris (1); sibi imputet emptor, qui rem sciens prudens a debitore in fraudem creditorum alienante comparavit (2). Immo nec videtur restituendum pretium, nisi adhuc extet, emptori, qui bona fide comparaverit in illis casibus, in quibus adversus eum permittitur revocatio rerum alienatarum in fraudem creditorum (§. 543.); cum enim creditoribus jus prius quaesitum fuerit in bona debitoris, aequum non est iis auferri, ut consulatur posteriori emptori, licet in bona fide constituto (3): auferretur autem, si pretium a debitore male consumptum emptori restituendum esset: quare sola superest emptori actio de evictione adversus venditorem, qualis competit illis, qui rem aliis prius oppignoratam acquisierunt (4).

(1) *L. Si debitor* 7., *et seq. ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1., *l. Ait praetor* 10. *in princ. ff. hoc tit.*

(3) *Voet in pandect. hoc tit. num.* 19.

(4) *L. Rem haereditariam* 65. *ff. de eviction.* (21. 2.), *l. Si praedium* 4., *l. Cum tibi* 22. *cod. eod. tit.* (8. 45.)

§. 546.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 42. tit. 8. Cod. l. 7. tit. 75.

Qui debitores dolosos bonis cedentes adjuvant in bonis occultandis, vel se creditores simulant, cum non sint, vel minoris quantitatis, aut recipiunt alienationes, venditiones, donationes, aliosve actus simulatos, alicubi coguntur solvere omne aes alienum debitoris, cessis sibi per creditores actionibus: atque, si solvendo non sint, poena arbitraria coercentur (1): apud nos mulctantur centum viginti scutis, atque insuper condemnantur in duplum ejus, quod abduxerint, vel amplius petierint, quam sibi deberetur (2).

(1) *Voet in pandect. hoc tit. num.* 20.

(2) *Reg. Constit. lib.* 2. *tit.* 16. *cap.* 6. § 7.

§. 547.

Ex hactenus dictis constat, actionem Paulianam eo tendere, ut in pristinum statum revocentur, quae in fraudem creditorum gesta fuerunt, perinde ac si gesta non fuissent (1); nec tantum alienationes, sed et obligationes (2), quales antea erant: proinde si debitor pacto, vel acceptilatione liberaverit eum, qui ipsi in diem, vel sub conditione debebat, obligatio conditionalis cum sua conditione, in diem obligatio cum sua die restauratur (3).

(1) *L.* 1. §. 1., *et* 2. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Ait praetor* 10. §. *Praeterea* 22. *l. Hac in factum* 14. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 10. §. *Si conditionalis* 23.

§. 548.

Non tantum restituendae sunt res a debitore in fraudem creditorum alienatae, sed et omnis caussa (1), seu omne id, quod habituri fuissent creditores, alienatione non secuta; servatis tamen regulis, quae de rei alienae possessoribus praescriptae sunt. Quare fructus tempore alienationis pendentes, utpotequi pars fundi censentur (2), atque ideo in bonis debitoris fraudantis fuerunt, nec non qui post litem contestatam percepti sunt a possessore bonae fidei, puta qui titulo lucrativo, sed sine fraudis scientia, rem a fraudatore consecutus est, restitui debent (3); quia posteriores bona fide percepti videri non possunt.

(1) *L. Ait praetor* 10. §. *Per hanc actionem* 19. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Fructus* 44. *ff. de rei vindicat.* (6. 1.)

(3) *L. ult.* §. *Non solum* 4. *ff. hoc tit.*

§. 549.

Quod ad fructus medio tempore perceptos, eos neutiquam in restitutionem venire, tradit jureconsultus Venulejus, nulla facta distinctione, utrum extent, an consumpti sint (1); haec quidem distinctio probatur in caeteris possessoribus bonae fidei, qui rem non a domino bona fide compararunt (2): sed hi, de quibus disputamus, potiori jure gaudere videntur; quatenus a vero domino rem habent, et dominii jure fructus perceperint.

(1) *D. l. ult.* §. *Non solum* 4. *in med. ff. hoc tit.*

(2) §. *Si quis a non domino* 35. *instit. de rer. division.* (2. 1.)

§. 550.

Alii tamen subtiliter haec potius dicta putant; atque ideo existimant, fructus tum extantes, tum consumptos, quatenus possessor bonae fidei locupletior factus est, restituendos esse; prout de possessore haereditatis constitutum est (1); tum quia naturalis ratio suadeat, debitoribus, qui de damno certant, prae donatario favendum esse (2); tum quia actione Pauliana alienationes revocantur, perinde ac si nihil gestum fuisset (§. 547.). Profecto, alienatione non secuta, fructus medii temporis a debitore percepti fuissent, creditoribus inde profuturi. Quod si mala fide quis a fraudatore emerit, fructus omnes, etiam quos negligentia sua non percepit, restituendos esse, apud omnes constat, deductis utique expensis in rei utilitatem factis (3).

(1) *L.* 1. §. 1. *cod. de petit. haeredit.* (3. 31.) Inst. l. 4 tit. 6.
(2) *L. Quod autem* 6. §. 1., *et* 11. *ff. hoc tit.* ff l. 42. tit. 8.
(3) *L. Ait praetor* 10. §. *Et fructus* 21. *ff. hoc tit.*, *d.* §. 35. *in fin. instit. de rer. division.*, *l. Domum* 5. *cod. de rei vindicat.* (3. 32.) Cod. l. 7. tit. 75.

§. 551.

Usurae, tamquam fructus civiles, a possessore perceptae, eodem modo restituendae sunt (1): quod si eas non perceperit, qui a debitore in fraudem creditorum quomodocumque alienante caussam habet, puta si debitor ejus perperam liberatus sit, non aliter in restitutionem venire tradit Ulpianus, quam si prius in stipulationem deductae fuissent, aut tale sit negotium, ex quo usurae etiam citra stipulationem debeantur (2), puta ex venditione (3).

(1) *L. Ait praetor* 10. §. *Praeterea* 22. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 10. §. 22. *in fin.*
(3) *L. Curabit* 5. *cod. de actionib. empt.* (4. 49.)

§. 552.

Caeterum opportune monet Faber, cum in fraudem debitoris bona alienata sunt, etiamsi de fraude certo appareat, non prius in rem agi posse adversus tertios possessores, quam actum sit revocatoria, quae personalis est, adversus debitorem (1); cum creditor chirographarius nullum habeat jus in re, priusquam in debitoris dominium reversa fuerit, quod non fit, nisi per revocatoriam. Atque idem dicendum de creditore hypothecario, qui, praetermisso hypothecae jure, hac malit actione experiri; quia tunc similis est chirographario.

(1) *L.* 1. *cod. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 35. *defin.* 1. *in princip.*

§. 553.

Cum actio Pauliana praetoria sit, intra annum intentari debet (1); annus autem non incipit ab eo die, quo res aliqua in fraudem creditorum alienata fuit, sed a tempore, quo res omnes publica auctoritate distrahuntur (2); neque enim antea sciri potest, utrum ex rebus caeteris, quae in patrimonio debitoris manserunt, creditoribus satisfieri possit, nec actionis tempus prius incipere debet, quam experiundi potestas fuerit (3). Si tamen possessor in lucro sit, etiam post annum ab eo aufertur (4). De revocatoria actione, pro fundamento habente jus pignoris praetorii, quaeque iisdem fere regulis regitur, ac Pauliana, alibi diximus de praetorio pignore disputantes (5).

(1) *L.* 1. *in princ.*, *l. Ait praetor* 10. *in princ. ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 10. §. *Annus hujus* 18. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Quod autem* 6. §. *ult. ff. hoc tit.*
(4) *D. l.* 10. §. *pen. ff. hoc tit.*
(5) *V. Tom. IX. pag.* 377. §. 1479., *et seqq.*

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 12. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 6.

TITULUS VII.

De condictionibus caussa data, caussa non secuta, et ob turpem, vel injustam caussam.

Instit lib. 4. tit. 6. *De actionib.*
Digest. lib. 12. tit. 4. *De condict. causs. dat., causs. non secut.*
Cod. lib. 4. tit. 6. *De condict. ob causs. dator.*

SUMMARIA.

Condictiones omnes naturam habent actionum personalium. §. 554.
Condictio caussa data, caussa non secuta, quae sit? Quibus in negotiis, et caussis locum habeat? §. 555.
Si datum aliquid sit ob caussam praeteritam, condictio haec locum non habet. Quid si occasione contractus quid datum fuerit? §. 556.
Poenitendi facultas, re integra, in contractibus innominatis an hodie competat? §. 557.
Condictio cessat, si quis dederit sciens ob caussam natura impossibilem. §. 558., *et* 559.
Quid si caussa impossibilis ab ignorante adjecta sit? §. 560.
Datum ob caussam futuram, quae solum accipientis commodum respiciat, an condicatur, caussa non secuta? §. 561.
Condici potest, tamquam ob injustam caussam datum, quod datum fuit alicui ad obtinendum beneficium, quod Princeps gratis donat. §. 562.
Meretrix accipiens ob stuprum turpiter facit. §. 563.
Turpiter accipit ille, cui datur, ne crimen committat: vel ut faciat, quod facere tenetur. §. 564.
Judex nihil accipere potest, ut bene judicet. §. 565.
Condici potest, quod datum est, si solius accipientis turpitudo versetur. §. 566.
Quid si utriusque, aut solius dantis respectu caussa turpis sit? §. 567.

§. 554.

Post actionem Paulianam, quae gravioris momenti est, pauca dicenda putamus de condictionibus, deque diversis earum speciebus, quae et ipsae actiones personales sint; cum nomine condictionum veniant actiones omnes in personam, quibus actor intendit rem sibi dari oportere (1). Hic autem Pandectarum ordinem servabimus (2); et varias condictionum species summatim explicabimus.

(1) §. *Appellamus* 15. *instit. hoc tit.*
(2) *Lib.* 12 *tit.* 4., *et seqq.*, *tum lib.* 13. *tit.* 1., *et seqq.*

§. 555.

Prima condictionum species in Pandectis exposita est condictio caussa data, caussa non secuta; eaque est actio personalis, qua repetitur id, quod ob caussam futuram datum est, si ea caussa secuta non sit (1): datum autem intelligitur etiam, quod accepto latum est; puta si mulier nuptura, cum dotem dare vellet, pecuniam sibi debitam sponso acceptam tulerit; nuptiis non secutis condicere potest, tamquam non secuta caussa acceptilationis (2); vel si quis debitorem suum liberaverit, tamquam accepturus pecuniam sibi debitam ab alio, quam consequi non potuit (3). Idem dicendum, si nuptiae consistere non possint, puta quia adhuc vivat maritus mulieris, qui defunctus credebatur (4). Condictio haec locum habet in contractibus innominatis, qui a datione incipiunt, nempe do, ut des, vel ut facias, aut ne facias (5): non in

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 12. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 6.

illis, quibus a facto incipitur, quia ex trito axiomate, quod factum est, indefectum esse nequit (6).

(1) *L.* 1., *et passim ff. hoc tit.*
(2) *L. Si mulier* 10. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. de condict. ob turp. causs. lib.* 4. *tit.* 6. *def.* 2.
(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 5. *defin.* 1.
(4) *Fab. ibid. defin.* 2.
(5) *L. Dedi* 3. *princip.*, *et* §. 1. *ff. hoc tit.*, *l. Ea lege* 3. *cod. hoc tit.*
(6) *L. Naturalis* 5. §. *Quod si faciam* 3., *l. penult. ff. de praescript. verb.* (19. 5.)

§. 556.

Nec etiam datur condictio haec, si aliquid datum sit ob caussam praeteritam, quae non extiterit (1), nisi donans probet, se alias daturum non fuisse, quod in dubio non praesumunt leges (2), neque prodest caussa in mente retenta (3). Si vero datum sit occasione contractus, tunc proprie locum non habet condictio, sed ex ipso contractu agitur ad id, quod interest, caussam secutam, seu ex parte alterius contrahentis impletam non fuisse (4).

(1) *L. Damus* 52. *ff. de condict. indeb.* (12. 6.)
(2) *L. Cum tale* 72. §. *Falsam caussam* 6. *ff. de condit., et demonstrat.* (35. 1.)
(3) *L. Dedi* 3. §. *Sed si servus* 7. *ff. hoc tit.*, *l. Cum ancillam* 6., *l. Si repetendi* 7. *cod. hoc tit.*
(4) *Argum. l. Is, qui commodatum* 13. §. *ult. in fin. ff. commodat.* (13. 6.)

§. 557.

Ex duplici capite fieri potest, ne caussa sequatur; vel quia non vult alter contrahens praestare, quod promisit, vel quia non potest. In primo casu condictio competit (1); in altero cessat quidem condictio per se (2); si tamen res integra sit, ex capite poenitentiae, quam Romanae leges, re integra, permittunt, adhuc condici potest (3): Romanae, inquam, leges poenitendi facultatem concedunt, practerquam si aliquid datum fuerit ex transactione, *ne ad judicem eatur* (4), vel in dotem ob nuptias futuras, quae sequi possint (5). Sed, hodiernis moribus, magis profecto ad aequitatem compositis, denegatur poenitendi facultas, licet res integra sit (6), prout alibi animadvertimus (7), cum nihil sit tam consentaneum humanae fidei, publicae, et privatae securitati, ac quieti, quam ea servare, quae inter contrahentes placuerunt (8).

(1) *D. l. Dedi* 3. §. *Quid si ita* 3., *l. Si pecuniam* 5. *in princ. ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 3. §. 3., *d. l.* 5. *in princ.*
(3) *D. l.* 3. §. 3., *d. l.* 5. *princ.*, §. 1., *et* 2., *l. ult. ff. hoc tit.*
(4) *D. l.* 3. *in princ. ff. hoc tit.*
(5) *L. Quod Servius* 8. *ff. hoc tit.*
(6) *Voet in ff. hoc tit. num.* 6., *post alios.*
(7) *V. Tom. X.* §. 1224. *pag.* 293.
(8) *L.* 1. *in princ. ff. de pact.* (2. 14.)

§. 558.

Sed quid, si datum sit ob caussam impossibilem? Distinguendum est, an caussa impossibilis sit natura, an jure, tum utrum dans sciverit, an ignoraverit natura, vel jure fieri non posse id, propterquod datum est. Cum caussa impossibilis natura est, et quis sciens dedit, cessat condictio (1), quia donasse videtur, non si ignorans (2).

(1) *L. Dictam legem* 8. *cod. hoc tit.*
(2) *Argum. l. Cujus per errorem* 53. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 559.

Neque obstat juris regula, qua traditur, stipulationes sub impossibili conditione conceptas nullius momenti esse, quia contrahentes jocasse videntur (1); haec enim

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 12. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 6.

regula locum dumtaxat habet in contractibus nominatis, in quibus dominium necdum translatum est, non in his; nec enim, qui dominium transfert, jocari ita creditur, ut repetere velit, si conditio, quam impossibilem novit, non impleatur; sed potius loco existimandus est conditionem adjecisse.

(1) *L. Non solum* 31. *ff. de oblig., et actionib.* (44. 7.)

§. 560.

Adjecta conditione, seu caussa jure impossibili ab ignorante, si haec ignorantia juris sit, quae excusare non solet (1), repetitio cessare videtur, saltem ex Romanarum legum sententia: non vero si factum ignoratum fuerit (2): donasse autem intelligitur, qui sciens ob caussam jure impossibilem dedit (§. praeced.)

(1) *L. Regula est* 9. *ff. de jur., et fact. ignorant.* (22. 6.)

(2) *L. Cum quis jus* 10. *cod. eod. tit.* (1. 18.)

§. 561.

Cessat quoque repetitio ejus, quod datum est ob caussam futuram, quae solius accipientis commodum respiciat, veluti ut in suo aedificet; quia donatio potius facta videtur, quam celebratus contractus, qui hinc inde obligationem pariat (1): nisi aliud expresse, vel tacite actum sit, prout facilius praesumitur, saltem inspecta naturalis juris ratione, cum accipientis utilitas talis est, quam sibi omnino parare teneatur.

(1) *L. Sed si mors* 13. *§. ult. ff. de donat. int. vir., et uxor.* (24. 1.), *l. Titio centum* 71. *ff. de condit., et demonstrat.* (35. 1.)

§. 562.

Proxima huic est condictio ob turpem, vel injustam caussam: Romanae leges distinguunt turpem ab injusta caussa. Turpis caussa dicitur, quae turpitudinem quamdam in se continet, veluti furtum, stuprum, adulterium (1): injusta vero, quae legibus improbatur, licet nullam turpitudinem continere videatur, puta possessor malae fidei ex injusta, non turpi caussa fructus retinere intelligitur (2): item ex injusta caussa agere judicatur, qui exigit in vim stipulationis metu extortae (3): vel si quis fumum, ut ajunt, vendat: puta consiliarius Principis, aliusve per se, vel per alterum Titio a Principe beneficium gratis obtineat, atque praemium in pecunia postulet (4); injusta enim haec caussa est (5), et mali exempli. Impensae utique, si quae factae fuerint, restituendae sunt (6).

(1) *L. Ut puta* 2. *princ.*, *et §. seqq.*, *l. Idem, si* 4. *ff. de condict. ob turp. causs.* (12. 5.)

(2) *L. penul. cod. de condict. ex leg.* (4. 9.)

(3) *L. Ex ea stipulatione* 7. *ff. de condict. ob turp. causs.*

(4) *Fab. cod. de condict. ob turp. causs. lib.* 4. *tit.* 6. *def.* 1. *in princ.*

(5) *L. Perpetuo* 6. *ff. de condict. ob turp. causs.*

(6) *L. Si pecuniam* 5. *in fin. princ. ff. hoc tit., Fab. d. defin.* 1. *num.* 3.

§. 563.

Turpis porro caussa esse potest vel ex parte dantis tantum, vel ex parte solius accipientis, vel ex parte utriusque. Caussae ex parte solius dantis turpitudinem continentis exemplum ponit Ulpianus in eo, quod meretrici datur ob stuprum, rationem subjiciens; meretricem *turpiter* utique *facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix* (1). Verum a naturali honestate aliena plane hujusmodi sententia est, licet ethnicorum moribus recepta; quae enim ob crimen perpetrandum recipit, turpiter utique facere dicenda est: quare exemplum caussae turpis in solo dante fingi potest, si accipiens bona fide putet licitum id, quod dans illicitum esse non ignorat, veluti occisio animalis alieni, quod accipiens dantis credat.

(1) *L. Idem, si* 4. *§. Sed quod meretrici* 3. *ff. de condict. ob turp. causs.* (12. 5.)

§. 564.

Turpis caussa est ex parte solius accipientis, si aliquid ei datum fuerit, ne furtum homicidium faciat (1), ne injuriam inferat (2); vel ut rem penes se depositam, commodatam, locatam, restituat, aut solvat, quod debetur, puta legatum, vel promissum est (3); cum haec sponte, et sine mercede praestari debeant. Idem dicendum, si fur, aut furis socius indicium, idest praemium acceperit a domino, ut rem furtivam, vel furem indicet; quia et hoc gratis faciendum est, quamquam alter criminis minime conscius hujus rei gratia aliquid accipere permittitur (4); dummodo immodicum non sit.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 12. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 6.

(1) *L. Ut puta* 2. *in princip. ff. de condict. ob turp. causs.* (12. 5.)
(2) *L. Idem, si* 4. *§. Quoties* 2. *ff. eod. tit.*
(3) *D. l.* 2. *§.* 1., *l. ult. princip.*, *§.* 1. *ff. eod. tit.*
(4) *D. Idem si* 4. *§. ult.*

§. 565.

Postremo utriusque tum dantis, tum accipientis turpitudo versatur, si pecunia judici detur, ut male judicet (1); vel etiam, ut pro se judicet, licet dans bonam caussam se agere, aut defendere existimet; quia pecuniam dando judicem corrumpere velle videtur (2); atque ideo amittere actionem traditur is, qui judici pecuniam dedit (3).

(1) *L. Ubi autem* 3. *ff. de condic. ob turp. causs.* (12. 5.)
(2) *L. Ut puta* 2. *§. ult. ff. eod. tit.*
(3) *L.* 1. *cod. de poena judic. qui male judicav.* (7. 49.)

§. 566.

Hisce praemissis, Romanae leges condictionem, seu repetitionem permittunt ejus, quod ob turpem caussam datum fuit, licet caussa secuta sit, si solius accipientis turpitudo versetur, puta si quis acceperit, ne furtum faciat, vel injuriam inferat (1), vel ut restituatur, aut fiat, quod sponte, et sine mercede faciendum, vel restituendum est (2); et merito quidem; nec enim turpe factum pecunia aestimatur, aut merces exigi potest pro eo, quod gratis faciendum, aut praestandum est.

(1) *L. Ut puta* 2., *l. Idem, si* 4. *§. Quoties* 2. *ff. de condic. ob turp. causs.* (12. 5.)
(2) *V. ll. supra citat. §.* 564.

§. 567.

Sed repetitionem denegant, si solius dantis turpitudo appareat, quia tunc accipiens turpiter non accipiat (1): vel etiam, si utriusque tum dantis, tum accipientis turpitudo versetur (2); quia in pari turpitudinis caussa melior esse debeat possidentis conditio (3). Sententia haec naturali rationi parum consentanea plerisque videtur; nec enim retineri potest, quod sine justo titulo acquisitum fuit:· ideoque vel domino restituendum est, vel, ut alii malunt, in pios usus erogandum, saltem si dominus facile detegi non possit; aut publica auctoritate vindicandum, et fisco tribuendum (4). Sane, si sola promissio dandi ob turpem caussam intercesserit, doli, aut in factum exceptio obstat (5): immo et promissionis instrumentum condici potest (6).

(1) *D. l. Idem, si* 4. *§. Quoties* 2. *ff. de condic. ob turb. causs.* (12. 5.)
(2) *L. Ubi autem* 3. *ff. eod. tit.*
(3) *L. Si ob turpem* 8. *in fin. ff. eod. titul.*
(4) *L. In haeredem* 5. *ff. de calumniatorib.* (3. 6.), *l. Cum hic status* 32. *§. ult. ff. de donat. inter vir., et uxor.* (24. 1.)
(5) *D. l.* 8. *ff. de condic. ob turp. causs.*, *l. Titia* 134. *ff. de verb. oblig.* (45. 1.)
(6) *L.* 1. *cod. de condic. ob turp. causs.* (4. 7.)

Inst. l. 4. tit. 6.
ff. l. 12. tit. 6.
Cod. l. 4. tit. 5.

TITULUS VIII.

De condictione indebiti.

Instit. lib. 4. tit. 6. *De actionib.*
Digest. lib. 12. tit. 6. } *De cond. indeb.*
Cod. lib. 4. tit. 5. }

SUMMARIA.

Indebitum lato sensu dicitur, quod promissum, nec dum solutum est. §. 568.

Condictio indebiti quibus conditionibus indulgeatur? §. 569.

Condici non potest, quod naturaliter debitum est, licet civili jure peti non possit. §. 570.

An condici possit, quod in diem, vel sub conditione debetur, si prius solutum fuerit, quam dies venerit, vel conditio extiterit? §. 571., *et* 572.

Condici potest, quod solo jure civili debitum est, si exceptio solius excipientis favorem contineat. §. 573.

Exceptio rei judicatae an condictionem praestet? §. 574.

Condici nequit debitum mixtum, licet leges exceptionem indulgeant. §. 575.

Cum exceptio inducta est odio accipientis, condici non potest, quod solutum fuit. §. 576.

Filiifamilias, mutuam pecuniam accipientes, nec naturalem quidem apud nos obligationem contrahere videntur. §. 577.

Creditor propria auctoritate rem debitoris occupans jure suo privatur: sed debitor sponte solvens condictionem non habet. §. 578.

An debitor odio creditoris liberatus in foro conscientibe solvere teneatur? §. 579.

Praescriptio biennii contra advocatos, procuratores, aliosve odio creditorum inducta videtur. §. 580.

Quid si soluti pars debita sit, altera pars indebita? §. 581.

Condictio indebiti denegatur, si sponte, et scienter solutum fuerit. Dubitantis eadem conditio est, ac errantis. §. 582.

Ignorantia supina indebiti soluti condictionem impedire non videtur. §. 583.

Condictio soluti per ignorantiam juris competit, si nec civili, nec naturali jure debitum esset. §. 584., *et* 585.

Ignorantia juris plerumque tam grave crimen non est, ut rei amissione puniri debeat. §. 586., *et* 587.

Juris ignorantia ex Papiniano non nocet suum perentibus. §. 588.

Quo sensu dictum cessare repetitionem, cum quis jus ignorans indebitam pecuniam solvit. §. 589.

Ignorantia juris nocet in damnis amissae rei, non in damnis amittendae. §. 590.

Fidejussor solvens indebitum repetit a promissore, hic ab eo, cui indebitum solutum est. §. 591.

Quid si Titius solverit, quod Sempronius debebat? §. 592.

Condictione in subsidium an conveniri possint illi, ad quos indebitum solutum titulo lucrativo pervenit. Quid si indebitum procuratori solutum sit? §. 593.

Condictione indebiti petitur, ut solutum restituatur cum fructibus perceptis, non cum usuris. Quid si accipiens bona fide rem viliori pretio distraxerit? §. 594.

Possessio indebite translata condici potest, etiam post tempus usucapioni complendae praestitutum. §. 595.

An usurae debitae sortis indebite solutae repeti possint? §. 596.

Inst. l. 4. tit. 6
ff. l. 12. tit. 6
Cod l. 4. tit. 5.

Indebitum probare debet, qui illud se solvisse allegat. Quid si accipiens negaverit se accepisse, tum mendacii arguatur? §. 597.

Quid de pupillis, minoribus, mulieribus, militibus, et rusticis? §. 598.

Probare indebitum tenetur, qui partem indebite solutam allegat. Quid si promissio facta sit, non expressa obligationis caussa? §. 599.

Jusjurandum deferri potest adversario, qui indebitum solutum allegat. Apocharum diversitas inducit praesumptionem diversitatis summarum. §. 600.

Condictio indebiti cessat adversus eum, qui jus retentionis habet, vel cui naturaliter debebatur. §. 601.

Renunciatione, dummodo specialis sit. indebiti condictio amittitur. §. 602.

Condici solutum an possit, si, sublata falsa opinione, remaneat caussa pietatis? §. 603., *et* 604.

Quid si solutio facta sit ex caussis, in quibus lis inficiando crescit in duplum: vel ex transactione, jurejurando, aut re judicata? §. 605., *et* 606.

Condictio sine caussa quibus casibus locum habeat? §. 607.

Condictio ex lege quae sit, et quando competat? §. 608.

Condictione triticaria petitur aestimatio rei corporalis, vel incorporalis debitae. §. 609., 610.

§. 568.

Condictio indebiti est actio personalis, qua repetitur id, quod indebite solutum est: solutum autem latiore significatione accipimus, ut complectatur non tantum, quod alteri datum est, puta ex testamento, quod deinceps irritum apparuit (1), sed et quod sine caussa promissum (2): vel si cautio indebite interposita sit (3), vel non exacta, quae exigi jure poterat (4).

(1) *L. Si quis* 2. §. 1., *et seqq. ff. hoc tit.*

(2) *L. Is, qui plus* 31. *ff. hoc tit.*

(3) *L.* 1. *in princip. ff. ut in possess. legat.* (36. 4.)

(4) *L. Hoc Senatusconsultum* 5. §. 1. *ff. de usufruct. ear. rer. etc.* (7. 5.)

§. 569.

Tria requiruntur, ut huic condictioni locus fiat. 1. Ut tum naturaliter, tum civiliter indebitum sit, quod solutum fuit. 2. Ut quis ignorans solverit. 3. Ut haec ignorantia facti sit, non juris, cum naturaliter debitum erat, quod per errorem solutum fuit. Singula fusius explicanda sunt: tum expendemus, quibus competat indebiti condictio, et adversus quos; postremo quibus casibus cesset.

§. 570.

In primis ad condictionem requirimus, ut id, quod solutum est, naturaliter, et civiliter sit indebitum; quod enim naturaliter debetur, licet civili actione peti non potuisset, solutum non potest condici (1); naturalis obligationis vinculum, quod ad agendum non prodest, ad retentionem, quae facilius permittitur (2), sufficere visum fuit. Ergo, quod ait Ulpianus, creditorum loco non haberi eos, quibus naturaliter tantum debetur (3), verum est, inspecto praecipuo obligationis effectu, videlicet actione ad exigendum, quae pro naturali debito non competit.

(1) *L. Naturaliter* 13., *l. Si quod dominus* 64. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Paulus respondit* 14. *ff. de dol. mal., et met. except.* (44. 4.), *l. Per retentionem* 4. *cod. de usur.* (4. 32.)

(3) *L. Creditores* 10. *in fin. ff. de V. S.* (50. 16.)

§. 571.

Si quaeratur, utrum recte condicatur, quod in diem, vel sub conditione promissum fuit, atque solutum ante diem, vel conditionis eventum, respondemus, repeti posse ante conditionis eventum, quod sub conditione promissum fuit, et antea solutum,

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 12. tit. 6. Cod. l. 4. tit. 5.

quam conditio extiterit, vel venerit dies incertus (1), quippequi conditioni aequiparatur (2); etenim, conditione pendente, obligatio nondum nata est (3).

(1) *L. Sub conditione* 16. *princ.*, *et* §. 1., *l. Quod si ea* 18. *in fin. ff. hoc titul.*

(2) *L. Dies* 74. *ff. de condit.*, *et demonstrat.* (35. 1.)

(3) §. *Sub conditione* 4. *institut. de verb. oblig.* (3. 16.)

§. 572.

Sed Romanae leges denegant repetitionem, seu condictionem ejus, quod praepropere solutum fuit, si conditio, vel dies obligationi apposita certo sit extitura (1), forte quia obligatio statim nata est, licet statim peti non possit (2): ex quo plures colligunt, nec usuras medii temporis deberi; utpotequae sortis accessio sunt (3). Alii tamen convenientius putant, dandam interim condictionem; cum debitor ante diem quoad obligationis effectum, seu exactionem vere debitor non sit (4); nec solutio per errorem facta damno eum afficere debeat.

(1) *L. In diem* 10., *l. Nam si* 17., *et seq. ff. hoc tit.*

(2) §. *Omnis stipulatio* 2. *instit. de V. O.* (3. 16.)

(3) *L. Lecta* 40. *prop. fin. versic. Sed*, *cum sortis ff. de rebus credit.* (12. 1.)

(4) *D.* §. 2. *instit. de verb. obligat.*

§. 573.

Diximus, condictionem soluti denegari, nisi tum naturaliter, tum civiliter indebitum sit; adeoque debitum naturale repeti non posse, licet civilis juris praesidio non fulciatur (§. 570.). Ex eadem regula fluit, condici non posse, quod summo civili jure debetur, licet debitor perpetua exceptione se defendere possit, ne solvat: leges tamen distinguunt, an exceptio in excipientis favorem inducta sit, an in odium creditoris. Condictioni adhuc locus est, cum exceptio solius excipientis favorem respicit, qualis est exceptio Senatusconsulti Vellejani (1), jurisjurandi (2), doli mali (3), pacti de non petendo (4).

(1) *L. Si non sortem* 26. §. *Indebitum* 3., *l. Qui exceptionem* 40. *ff. hoc titul.*

(2) *L. Si quis* 43. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Qui se debere* 7. *ff. de condic. causs. dat. etc.* (12. 4.)

(4) *L. Qui hominem* 34. §. *ult. ff. de solut.* (46. 3.)

§. 574.

Idem videtur dicendum de exceptione rei judicatae, cum eadem sit vis, ac jurisjurandi (1), de quo modo diximus (§. praeced.). Sane si judex male absolverit eum, qui vere debebat, isque bonam fidem agnoscens sponte solverit, condicere non potest (2): multo minus condicit, qui vere debitum solvit, antequam male per judicis sententiam absolvatur (3).

(1) *L.* 1. *ff. quar. rer. act. non det.* (44. 5.)

(2) *L. Judex* 28. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Julianus* 60. *ff. hoc tit.*, *junct. l. Cum decem* 71. §. 1. *ff. de solut.* (46. 3.)

§. 575.

Si tamen quis solverit debitum non civile tantum, sed et naturale simul, licet, aequitate suadente, leges exceptionem indulgeant, repetere non potest: prout contingit in fidejussore, qui solidum solverit, praetermisso divisionis beneficio (1); in marito, qui integram dotem restituerit, cum posset inopiae caussa partem retinere, seu uti beneficio competentiae (2): durius agitur adversus eos, quorum obligatio naturalis, et civilis juris vinculo adstringitur.

(1) *L. Si testamento* 49. §. 1. *in fin. ff. de fidejussorib.* (46. 1.)

(2) *L. Nam et maritus* 9. *ff. hoc tit.*

§. 576.

Neque permittitur condictio soluti, cum exceptio odio potius accipientis, quam favore solventis inducta est, qualis est exceptio Senatusconsulti Macedoniani, cui caus-

sam dedit improbitas foeneratorum (1); ut proinde filiusfamilias, qui mutuam pecuniam acceperit, et paterfamilias factus solverit, repetere nequeat (2): odium foeneratorum id tantum efficit, ne petere possint (3), sed non impedit, quominus retineant solutum a patrefamilias.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 12. tit. 6. Cod. l. 4. tit. 5.

(1) *L.* 1. *in princ. ff. de Senat. Consult. Macedon.* (14. 6.)
(2) *D. l. Qui exceptionem* 40. *ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 1. *in princip. ff. de S. C. Macedon.*

§. 577.

Difficilior est quaestio, an repetitio deneganda sit filiofamilias, inspecto regio jure, quo nulli, et inefficaces, etiam post mortem patris, decernuntur contractus mutui cum filiisfamilias (1). Hinc quidem constat, legem municipalem juri communi contrariam nunquam praesumi, nisi aperte aliud cautum sit, prout alibi diximus (2): inde vero nimis praegnantia sunt legis verba, et verbis Romanarum legum fortiora; quippe Romanae leges *actionem*, et *petitionem* tantummodo denegant (3), quo innuunt, naturalem obligationem manere, quamquam civilis juris praesidio destitutam (4): municipali vero lege *nulli, et inefficaces hujusmodi contractus* decernuntur (5); adeoque naturalem ipsam obligationem tollere videtur; qua sublata, condictionem competere nemo est, qui neget.

(1) *Reg. Constitut. lib.* 4. *tit.* 34. *cap.* 14. §. 10.
(2) *V. Tom. I. disputat.* §. 145., *et seqq. pag.* 94.
(3) *D. l.* 1. *in princip. ff. de S. C. Macedon.*
(4) *L. Sed si paterfamilias* 9. §. *pen.*, *et ult.*, *et l. seq. ff. eod. tit.*
(5) *Reg. Constitut. d. lib.* 4. *tit.* 34. *cap.* 14. §. 10.

§. 578.

Alterum exemplum exemptionis odio creditoris inductae habetur, cum creditor propria auctoritate rem debitoris occupat; in poenam injustae occupationis creditor privatur jure suo (1): si tamen debitor, omissa hac exceptione, sponte solverit, condictionem non habet, quia manet naturalis obligatio (2); et sola civilis, odio vim inferentis, tollitur.

(1) *L. Extat* 13. *ff. quod met. causs.* (4. 2.)
(2) *L. Si poenae caussa* 19. *ff. hoc tit.*

§. 579.

Quaerunt hic interpretes, an debitor odio creditoris liberatus in foro conscientiae solvere teneatur. Affirmant aliqui, propter vinculum naturalis obligationis, quod adhuc manere dicitur (1). Negant alii, existimantes, naturalem obligationem lege irritam fieri, seu inefficacem in utroque foro, quamquam ei potest debitor solvendo renunciare (2)

(1) *D. l. Si poenae caussa* 19. *ff. hoc tit.*
(2) *Brunneman. in Pandect. ad d. l.* 16. *num.* 2.

§. 580.

Ad hanc exceptionum classem plures referunt illam, qua variarum gentium placitis, apud nos firmatis (1), post lapsum biennii repelluntur advocati, procuratores, medici, pharmacopolae, aliique, ne salarium, aut mercedem petere possint (2); cum haec biennii praescriptio inducta sit, non favore debitorum, sed odio creditorum, qui exigere negligunt; ne alioquin post longum tempus magis exigatur, quam vere debitum est: adeoque soluti condictio permitti non debet (§. 578.)

(1) *Reg. Constit. lib.* 2. *tit.* 12. §. 3., *et lib.* 5. *tit.* 18. §. 3.
(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 4. *in med. post alios plures.*

§. 581.

Si soluti pars debita sit, altera pars indebita, interest, an de re fungibili agatur, an de non fungibili. In priore specie sola pars indebita repetitur (1); in altera omne,

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 12. tit. 6. Cod. l. 4. tit. 5.

quod solutum est, restitui debet (2); atque vetus obligatio reviviscit: puta si quis, cum centum deberet, fundum ducentum solverit, quasi ducentis debitis; totus fundus restituendus est, dummodo centum prius solvantur (3); ne invitus quis incidat in communionem. Quid juris in obligationibus alternativis, aut generatim conceptis, explicat Justinianus (4): atque de duobus reis tractant jureconsulti (5).

(1) *L. Si non sortem* 26. §. *Idem Marcellus* 5., *et seqq. ff. hoc tit.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 4. *defin.* 1.

(3) *D. l.* 26. §. *Si centum* 4., *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 4. *def.* 1.

(4) *L. penult. cod. hoc tit.*

(5) *L. Si poenae caussa* 19. §. *ult.*, *l. Plane* 21., *l. Cum duo* 25., *l. Si fidejussor.* 59. *ff. hoc tit.*

§. 582.

Alterum condictionis indebiti requisitum est, ut per ignorantiam solutum fuerit; qui enim sciens non deberi solvit, donasse intelligitur (1): puta si haeredes fideicommissum inutiliter relictum praestare malint, ut defuncti voluntati pareant (2). Romano jure inspecto interest, an solutum sit ignoranti, an scienti; quatenus in primo casu indebiti condictio datur, furtiva condictio in altero (3): sed moribus exolevit posterior condictio. Dubitantis eadem conditio est, ac errantis (4); melius tamen sibi prospicit, qui curat sibi caveri de soluto restituendo, si deinceps indebitum appareat (5).

(1) *L. Quod quis sciens* 50. *ff. hoc tit.*, *l. Cujus per errorem* 53. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *L. Et si inutiliter* 2. *cod. de fideicommis.* (6. 42.)

(3) *L. Quoniam* 18. *ff. de condic. furtiv.* (13. 1.)

(4) *L. ult. cod. hoc tit.*

(5) *L. Si quis* 2. *in princip. ff. hoc tit.*

§. 583.

Hinc solvi potest quaestio, an ignorantia supina, seu crassa indebiti soluti condictionem impediat. Sunt, qui affirmant, quia ignorantia haec excusationem non meretur (1): negant alii; quia non possit praesumi donare, qui ignorantia hac laborat; quae tamen praesumptio fundamentum est denegatae condictionis indebiti (§. praeced.). Leges autem, quibus contra sentientes nituntur, ajunt, locum habere in delictis, vel in lucris, non vero in damnis rei suae.

(1) *Argum. l. Plurimum interest* 3., *l. Nec supina* 6., *l. Regula est* 9. §. *Sed facti* 2. *ff. de jur.*, *et fact. ignorant.* (22. 6.)

§. 584.

Acriter adhuc certant interpretes, an solutum ex ignorantia juris repeti possit, nec ne. Quidam indistincte negant; alii distinguunt, atque fatentur, solutum per juris ignorantiam condici non posse, si naturali ratione adhuc deberetur, utique vero, si nec civili, nec naturali jure debitum esset. Posterior sententia aequitati naturali magis consentanea apparet, nec civilium legum auctoritate omnino destituta est; quam ideo sanioris notae interpretes amplectuntur (1).

(1) *V. Vinnium selectar. quaest. lib.* 1. *cap.* 47.

§. 585.

Imprimis sententia haec naturali rationi magis congruit; ut enim modo diximus, condictio indebiti soluti non debet denegari, nisi ex praesumptione donationis in eo, qui sciens solvit indebitum (§. 582.): porro cessat haec praesumptio, cum quis solvit ex ignorantia juris; nemo enim praesumitur velle, quod ignorat; neque ex facto per ignorantiam gesto, licet ignorantia juris sit, colligi potest consensus transferendi dominii, cum nihil tam contrarium sit consensui, quam error (1).

(1) *L. In omnibus* 57. *ff. de obligat.*, *et act.* (44. 7.), *l. Nihil consensui* 116. §. *ult. ff. de reg. jur.* (50. 17.)

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 12. tit. 6. Cod. l. 4. tit. 5.

§. 586.

Sed, inquiunt adversarii, lex in poenam ejus, qui jus ignorat, omnem denegat actionem (1): de hoc plane disputatur, an lex deneget actionem etiam in illis casibus, in quibus nulla nec naturalis, nec civilis obligatio praecesserat: praeterea vix concipi potest, cur tanti punienda sit ignorantia, quae nec in publicae, nec in privatae alienae rei dispendium vergit, ut, puta, centum aureorum amissione mulctetur consanguineus, qui in jure errans existimaverit, defuncti successionem pro parte ad uxorem spectare, ideoque solverit; vel cum obligationem annuam centum aureorum ad certum usque tempus suscepisset, eo praeterlapso adhuc solverit, existimans adhuc teneri, quia tempus non sit modus solvendae obligationis, sicut Romanis placuit, qui tamen pacti, vel doli exceptionem debitori indulserunt (2).

(1) *L. Cum quis jus* 10. *cod. de jur., et fact. ignor.* (1. 18.)

(2) §. *At si ita* 3. *instit. de verbor. obligat.* (3. 16.)

§. 587.

Si regeras, delinquere eum, qui jus ignorat, et poenam amissionis mereri, duplex praesto est responsio: inprimis juris fortasse obscuri ignorantia gravissima aliquando coercetur, generatim admissa contraria sententia, cum tamen poena delicto commensurari debeat, ita ut levior potius sit (1): praeterea, si ullum in hac re delictum est, ignorans quidem videri potest laedere jus publicum, quod scire negligit, non eum, cui solvit: adeoque pecuniaria poena in reipublicae utilitatem cedere deberet, non privati illius, qui nullum jus habet.

(1) *L. Perspiciendum est* 11. *ff. de poen.* (48. 19.), *l. Semper in dubiis* 56. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 588.

Adjecimus, Romanarum legum praesidio non destitui sententiam hanc (§. 584.). Papinianus ignorantiam juris nequaquam prodesse acquirere volentibus ait, sed nec nocere suum petentibus (1): porro suum vere petit, qui condicit id, quod nec civiliter, nec naturaliter debitum est. Infirmum est, quod respondent, si indebitum solutum *suum* dici posset, non condictione, sed vindicatione postulandum (2): hoc enim verum est, si strictam verborum significationem sectemur, quae tamen parum prodest, dum de rei veritate constat; nec ipsi eam sectantur, quippe indebiti per facti ignorantiam soluti condictionem dari defendunt (3), cum tamen fateantur, necesse est, dominium a solvente non recessisse; neque enim, in ipsorum etiam sententia, lex punit ignorantiam facti, quod prudentissimos quosque fallit (4).

(1) *L. Juris ignorantia* 7. *ff. de jur., et fact. ignor.* (22. 6.)

(2) §. *Appellamus* 15. *instit. hoc tit.*

(3) *Voet in ff. hoc tit. num.* 7. *in princip.*

(4) *L. In omni parte* 2. *ff. de jur., et fact. ignorant.*

§. 589.

Plures utique sunt legum textus, qui nostrae sententiae adversari videntur; sed et probabiliter solvi possunt, quod sufficit in quaestione naturali ratione duce potius definienda, quam ex jureconsultorum fragmentis, quibus nec fidunt in aliis casibus adversarii (1). Ajunt Imperatores: *cum quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio* (2): sed commodo intelligi possunt de pecunia civili quidem, non naturali jure indebita, puta ex pacto nudo, quod apud Romanos civilem actionem non dabat (3); vel si integra legata absque falcidiae detractione haeres solverit (4); quod receptum favore ultimarum voluntatum, ut plenius exitum sortiantur.

(1) *Voet in ff. lib.* 12. *tit.* 5. *de condict. ob turp. causs. num.* 2., *ubi reprehendit, et merito, Ulpianum ajentem, turpiter non facere meretricem, quae pecuniam propter stuprum accipit.*

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 12. tit. 6. Cod. l. 4. tit. 5.

(2) *L. Cum quis jus* 10. *cod. de jur., et fact. ignorant.* (1. 18.)
(3) *L. Juris gentium* 7. §. *Sed cum nulla* 4., *et passim ff. de pact.* (2. 14.)
(4) *L. Error facti* 9. *cod. ad leg. falcid.* (6. 50.), *l. Regula est* 9. §. *Si quis jus* 5. *ff. de jur., et fact. ignor.* (22. 6.)

§. 590.

Urgent: ex Paulo regula est, *juris ignorantiam cuique nocere* (1). Nocet utique, sed in damnis amissae rei, non in damnis amittendae (2). Nec verum est, quod ajunt, hic plane agi de damno amissae rei, cum rei dominium solutione per errorem juris facta translatum fuerit, et ita amissum; etenim sola traditione sine justo titulo ex trita juris regula dominium non transfertur (3): justus autem titulus solutionis nullus est, ubi nec civiliter, nec naturaliter debetur. Perperam vero objiceretur, dominium solutione translatum esse, licet condictione, non vindicatione experiendum dicamus (§. 588.). Sed de his satis.

(1) *L. Regula est* 9. *ff. de jur., et fact. ignor.* (22. 6.)
(2) *L. Error facti* 8. *ff. eod. tit.*
(3) *Nunquam nuda traditio transfert dominium: sed ita si venditio, aut aliqua justa caussa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. L. Nunquam nuda* 31. *ff. de acquir. rer. domin.* (41. 1.)

§. 591.

Competit indebiti condictio solventi, et haeredi (1). Fidejussor, si promissoris indebiti nomine solverit, a promissore repetit, promissor ab eo, cui solutum est: si vero solverit suo nomine, ipse repetere potest (2). Quod si solverit pro vero debitore, praetermisso ordinis, vel divisionis beneficio, quod objicere potuisset, cum solverit, quod vere debitum est, repetere nequaquam potest (3): nisi pacto, vel alio modo liberatus fuerit (4).

(1) *L. Si fundi* 12. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Frater* 38. §. *ult., junct. l. Indebitum* 47. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Si testamento* 49. §. 1. *ff. de fidejussorib.* (46. 1.)
(4) *L. Cum is, qui* 32. §. 1., *l. Si fidejussor.* 59. *ff. hoc tit.*

§. 592.

Sed quid, si Titius solverit, quod Sempronius debebat? Distinguendum est: si suo nomine solverit, quasi ipse deberet, tamquam indebitum condicere potest (1): si vero solverit alieno nomine, seu nomine debitoris, cum hic liberationem consecutus sit, mandati, vel negotiorum gestorum actione restituere cogitur, quod alter solvit (2).

(1) *L. Si poenae caussa* 19. §. 1., *l. In summa* 65. §. *ult. ff. hoc tit.*
(2) *L. Repetitio* 44. *ff. hoc tit.*

§. 593.

Conveniuntur hac personalis actione omnes, qui indebitum acceperunt; *nam hoc natura aequum est*, scite ait Pomponius, *neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem* (1): non alii, licet pecunia soluta ipsis profecerit (2): nisi forte titulo lucrativo ad eos pervenerit, quo casu defendunt plures, in subsidium teneri illos, qui lucrum perceperunt ex pecunia indebite soluta (3). Quod si procuratori indebitum solutum sit, condictio adversus dominum non competit, nisi speciale indebiti accipiendi mandatum dederit, vel solutionem deinde ratam habuerit (4); quia dominus non tenetur de facto procuratoris, qui mandati fines excesserit (5), nec generali mandato continetur indebiti accipiendi facultas.

(1) *L. Nam hoc natura* 14. *ff. hoc tit.*
(2) *L. His solis* 49. *ff. hoc tit.*
(3) *Argum. L. Si et me, et Titium* 32. *ff. de reb. credit.* (12. 1.)

(4) *L. Si procurator* 6. §. 1., *l. Cum indebitum* 57. §. 1. *ff. hoc tit.*, *l. Creditoris* 8. *cod. hoc tit.* Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 12. tit. 6. Cod. l. 4. tit. 5.

(5) *L. Diligenter* 5., *et passim ff. mandati* (17. 1.)

§. 594.

Condictione petitur, ut res indebite soluta restituatur una cum fructibus perceptis (1): non autem cum usuris, quia condictio stricti juris est, in quam proinde usurae non veniunt (2): neque si ille, qui indebitam pecuniam accepit, eam foenori collocaverit, atque usuras inde perceperit; etenim usurae ad eum pertinent, qui sortis periculum subit (3). Quod si res indebite solutas accipiens bona fide vendiderit pretio viliore, pretium restituendo liberatur, quia ultra id locupletior factus non est (4).

(1) *L. Indebiti* 15. *ff. hoc tit.*, *l. Videamus* 38. §. *Item, si* 2. *ff. de usur.* (22. 1.)

(2) *L.* 1. *cod. hoc tit.*

(3) *L. Idemque* 10. §. *Si mandavero* 8. *ff. mandat.* (17. 1.), *l. Si unus* 67. §. 1. *ff. pro socio* (17. 2.)

(4) *L. Idem est* 3., *l. Si non sortem* 26. §. *Libertus* 12. *post med. ff. hoc tit.*

§. 595.

Possessio ipsa, si indebite in alium translata fuerit, condici potest, licet tantum tempus effluxerit, quantum sufficit ad usucapionem (1): cum enim usucapio ex caussa indebitae possessionis completa fuerit, atque inde illius veluti accessio sit, revocato principali, seu possessione, ipsa quoque usucapio tamquam accessoria revocatur (2).

(1) *L. Indebiti* 15. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *Argum. l. Si alienam* 13. *ff. de mort. causs. donat.* (39. 6.)

§. 596.

Usuras debitae sortis indebite solutas repeti non posse, nisi quatenus legitimum modum excedunt, scribit Ulpianus (1); quia, ut vulgo docent interpretes, in remunerationem officii solutae praesumuntur: sed cum praesumptio veritati cedat (2), nec remunerationem officii pecunia fieri necesse sit, sed et aliis non absimilibus officiis recte fiat, solutas per errorem usuras indebitas repeti posse, verius est (3).

(1) *D. l. Si non sortem* 26. *in princip. ff. hoc tit.*

(2) *L. Si chirographum* 24. *ff. de probat.* (22. 3.)

(3) *L. Quod quis sciens* 50. *ff. hoc tit.*, *l. Cujus per errorem* 53. *ff. de reg. jur* (50. 17.)

§. 597.

Si dubitetur, an debitum, an indebitum solutum fuerit, generalis regula est, indebiti probandi onus incumbere ei, qui indebitum se solvisse allegat (1); contra eum stat praesumptio, cum nemo facile credatur jactare suum, maxime si solvens homo diligens sit, atque studiosus paterfamilias. Sed fallit regula haec, si is, qui accepit, negaverit se accepisse, tum mendacii convictus fuerit; semel malus, seu mendax semper praesumitur malus in eodem delicti genere (2).

(1) *L. Cum de indebito* 25. *ff. de probat.* (22. 3.)

(2) *Cap. Semel* 8. *extra de reg. in* 6. *Decretal.*

§. 598.

Excipiuntur quoque ab hac regula pupilli, minores, mulieres, milites, rustici, et generatim expertes negotiorum forensium, vel simplicitate gaudentes; ita ut onus debitam fuisse pecuniam probandi in adversarium rejiciant (1). Sed, si pupillos, et minores curatorem habentes, atque sine eo solventes excipias, quoad caeteros res pendet ex adjunctis, negotiorum indole, soluti quantitate, solutionis modo, et similibus; atque, ut taceam, in mulieribus, quae tenacissimae esse solent, vix timendum, ne indebitum solvant, atque milites hodie plures esse, qui negotia sua diligenter tractare

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 12. tit. 6. Cod. l. 4. tit. 5.

solent, etiam rustici, et agrorum cultores bona sua non facile jactant, nec nisi coacti aes alienum solvunt.

(1) *D. l. Cum de indebito* 25. §. 1. *ff. de probat.* (22. 3.)

§. 599.

Onere indebitum probandi facilius adstringendum eum, qui solvit, licet sit ex numero personarum, quibus subveniri solet (§. praeced.), existimat Paulus, si non totum, sed pars indebite soluta allegetur: vel debitum fateatur, sed dicat dissolutum, vel a quo possit se exceptione defendere (1): atque idem dicendum, idest onus asserendi debitum incumbere, cum cautio, seu promissio solvendi facta fuit, non expressa obligationis caussa (2): suspecta est promissio, de cujus caussa non constat.

(1) *D. l. Cum de indebito* 25. §. *Sed haec ita* 2. *ff. de probat.* (22. 3.)
(2) *D. l.* 25. §. *ult.*

§. 600.

Notandum est, quod adjicit jureconsultus, posse illum, cui onus probandi incumbit, jusjurandum deferre adversario de rei veritate, si modo jusjurandum calumniae ipse requisitus praestet (1); cum jurisjurandi delatio sit quaedam probationis species jure probata, quam ideo judex rejicere non debet; quod si duae praeferantur apochae ejusdem quantitatis, quae tamen diversitatem habeant personarum, a quibus, vel quibus solutio facta dicitur, loci, aut temporis; probare debet, qui asserit, eandem quantitatem utraque contineri: adjunctorum diversitas inducit praesumptionem diversitatis summarum; nisi indicia in contrarium urgeant (2), puta prius chirographum spe futurae numerationis conscriptum fuisse (3).

(1) *D. l. Cum de indebito* 25. §. *penult. ff. de probat.* (22. 3.)
(2) *Fab. cod. eod. tit. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 70.
(3) *L. Si quasi* 7. *cod. de non numerat. pecun.* (4. 30.)

§. 601.

Plures casus sunt, in quibus indebiti soluti condictio denegatur. Atque imprimis cessat condictio in caussis, ex quibus retentionem habemus, actionem vero non habemus (1), veluti in expensis in rem alienam factis (2): sed usu fori, ut alibi diximus (3), suadente aequitate receptum, ut actione peti possint hujusmodi impensae. Potius ergo dicendum, cessare condictionem, cum id, quod solutum fuit, civiliter quidem, non naturaliter indebitum erat, quemadmodum explicavimus (4).

(1) *L. Ex quibus caussis* 51. *ff. hoc titul.*
(2) *L. Si in area* 33. *ff. hoc tit.*
(3) *V. Tom. III.* §. 717. *pag.* 184.
(4) *V. supra* §. 570., *tum* §. 573.

§. 602.

Praeterea denegatur indebiti condictio, si ei speciatim renunciatum sit; donatum quippe intelligitur (1): sed non sufficit generalis renunciatio, qualis ea est, quae in *pariationibus*, seu computationibus hinc inde factis exprimi solet, nullam ex hoc contractu controversiam superesse (2): etenim verba generalia non complectuntur ea, de quibus contrahentes verosimiliter non cogitarunt (3).

(1) *L. Quod quis sciens* 50. *ff. hoc titul.*
(2) *L. ult.* §. *Idem quaesit.* 3. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Cum aquiliana* 5. *ff. de transact.* (2. 15.)

§. 603.

Si, falsa opinione sublata, remaneat pietatis caussa, solutum condici non posse, censuit Julianus; veluti si mulier dotem dederit, putans se pro dote obligatam esse (1): vel pater falso existimans filiae suae se debitorem esse dotem promiserit (2); non item, si maritus ampliorem dotem, quam accepit, errore ductus se restituturum spoponderit (3).

(1) *L. Cum is* 32. §. *Mulier* 2. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Quemadmodum* 46. §. *ult. ff. de jur. dot.* (23. 3.)
(3) *L. penult.* §. *Mulier* 4. *ff. solut. matrim.* (24. 3.)

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 12. tit. 6. Cod. l. 4. tit. 5.

§. 604.

Verum nec hic generalis regula statui potest, solutum ex errore non repeti, si adsit caussa pietatis; etenim pietatis caussa efficere quidem potest, ut quis facilius donet, et donasse praesumatur; sed donationis praesumptio tanti fieri non debet, ut contra solventis voluntatem operetur (1). Hinc Ulpianus tractans de eo, qui in funus defuncti impendit, licet maxima sit pietatis caussa, ne cadavera insepulta maneant (2), inspiciendum tamen vult, an quis donandi animo, an gerendi negotii caussa, ideoque repetiturus impenderit (3).

(1) *L. Non omnis* 19. *ff. de rebus credit.* (12. 1.)
(2) *L. Si quis sepulcrum* 12. §. *Hoc edictum* 3. *ff. de religios.* (11. 7.)
(3) *L. Et, si quis impediat* 14. §. *Sed interdum* 7. *ff. eod. tit.*

§. 605.

Denegatur quoque jure Romano indebiti soluti condictio, si solutio facta sit ex illis caussis, in quibus lis inficiando crescit in duplum (1), puta depositi miserabilis, legis Aquiliae, et legatorum piis locis relictorum (2): quod cum hodie non servetur, nec denegari debet condictio (3). Transactionis caussa datum non repetitur, dummodo lis fuerit, atque ab ea recessum sit, non si evidens calumnia appareat (4), vel transactio ab initio inutilis fuerit, vel postea infirmata sit, vel solvens falso crediderit intercessisse transactionem, quae nunquam secuta fuit (5).

(1) *L. Ea, quae* 4. *cod. hoc tit.*
(2) §. *ult. instit. de obligat., quae quas. ex contract.* (3. 28.)
(3) *Voet in ff. hoc tit. num.* 15.
(4) *L. In summa* 65. §. 1. *ff. hoc tit.*
(5) *L. Eleganter* 23. *princip.* §. 1., *et* 3. *ff. hoc tit.*

§. 606.

Idem ac de transactione judicium esto de jurejurando, et re judicata: ita ut condici velut indebitum non possit, quod solutum fuit ex caussa jurisjurandi (1), vel rei judicatae (2); nisi evidens in jurejurando calumnia probetur (3), vel rescindatur sententia ex falsis allegationibus lata (4); vel condemnatus post sententiam repererit apocham, qua constet solutionem prius a se factam fuisse (5). Quod si quis ob rem non defensam ad solvendum condemnatus fuerit, repetere non potest, licet deinde paratus sit defendere (6), in contumaciae suae poenam.

(1) *L. Non erit* 5. §. *Dato* 2. *ff. de jurejurand.* (12. 2.)
(2) *L.* 1. *cod. hoc tit.*
(3) *Argum. l.* 1. §. 1., *l. Et eleganter* 7. *ff. de dol. mal.* (4. 3.)
(4) *Argum. l. Si soror* 8. *codic. de collat.* (6. 20.)
(5) *Argum. l. Si fullo* 2. *ff. de condic. sine causs.* (12. 7.)
(6) *L. Qui ob rem* 35. *ff. hoc tit.*

§. 607.

Condictioni indebiti proxima est condictio sine caussa, qua repetitur res apud alium sine caussa existens, licet antea fortassis caussa fuerit; atque tunc locum habet, cum caeterae actiones non competunt: puta ad repetendum chirographum obligationis, si pecunia numerata non fuerit, vel rursus restituta (1); vel si caussa ipso jure nulla sit; puta si puella avunculo nuptura, noverca privigno, socero nurus dotem dederit (2).

(1) *L. Dissolutae* 2., *l. ult. cod. de condict. ex leg., et sine causs.* (4. 9.)
(2) *L. ult. princ., et* §. 1. *ff. eodem tit.* (12. 7.)

§. 608.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 13. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 2.

Condictio ex lege dicitur actio personalis nata ex lege nova, idest post legem XII. tabularum lata, nec certum nomen, nec certam formam habens (1). Condictio haec datur ad petendum legitimae supplementum (2); fisco agenti ex caussa primipilari adversus debitores debitoris, ut ante finitum tempus debita repraesentent (3): item ad repetendum, quod in alea amissum est (4): atque generatim condictio ex lege competere dicenda est, quoties statutum, aut consuetudo novam sine nomine actionem inducit.

(1) *L. unic. ff. de condict. ex leg.* (13. 2.)

(2) *L. Omnimodo* 30., *l. Si quando* 35. §. *Et generaliter* 2. *cod. de inoffic. testam.* (3. 28.)

(3) *L. 1. cod. de condict. ex leg. etc.* (4. 9.)

(4) *L. 1., et ult. cod. de alcatoribus* (3. 43.)

§. 609.

Post haec in Pandectis agitur de condictione triticaria, ita fortassis a tritico dicta, qua rei corporalis, vel incorporalis quomodocumque debitae aestimatio petitur (1) (praetermittimus condictionem furtivam, de qua verba faciemus, ubi de furtis dicturi sumus). Pecuniae, cum ipsa res omnes aestimet, non aestimetur, per condictionem hanc aestimatio peti nequit (2).

(1) *L. 1. ff. de condiction. triticar.* (13. 3.)

(2) *D. l. 1. in princ.*

§. 610.

De hac personali actione, quae in foro non infrequentem usum habet, aliquanto fusius agere praestat. Quae traduntur in titulo Digestorum de eo, quod certo loco (1), commodius explicabimus in titulo de judiciis, cum agendum erit de loco, in quo agi possit (2), tum occasione condictionum ob turpem, vel injustam caussam, et sine caussa, de ludo dicemus, seu de aleatoribus; cum id, quod ex ludo habetur, plerumque sine caussa, saltem legibus probata, teneatur, et aliquando condici possit (§. 608.)

(1) *Digest. lib.* 13. *tit.* 4.

(2) *Codic. lib.* 3. *tit.* 18. *inscriptus est: ubi conveniatur, qui certo loco dare promisit.*

TITULUS IX.

De condictione triticaria.

Instit. lib. 4. tit. 6. *De actionib.*
Digest. lib. 13. tit. 3. *De condiction. triticar.*
Cod. lib. 4. tit. 2. *Si cert. petat.*

SUMMARIA.

Aestimatio rei, quae praestari non potest, eodem jure petitur, quo res ipsa. §. 611.

Condictioni triticariae locus non est, si rei aestimatio directe, et per se in obligationem deducta fuerit. §. 612.

Quae sint judicia bonae fidei, stricti juris, vel arbitraria? §. 613., *et* 614.

Aestimatio rei in judiciis bonae fidei, vel arbitrariis fit inspecto tempore rei judicatae; litis vero contestatae in negotiis stricti juris, quibus dies adjectus non sit. §. 615.

Morae, quae litem contestatam, vel rem judicatam praecessit, an habenda sit ratio in condictione triticaria? §. 616.

An mandatum in hac re differat a caeteris negotiis bonae fidei? §. 617.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 13. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 2.

Mora, quae litem contestatam praecessit, moroso debitori nocere videtur. §. 618., *et* 619.

Fur a primo admissi furti momento, donec restituat, aestimationem quanti plurimi praestat. §. 620.

Quid si dies obligationi implendae adjectus fuerit? §. 621.

Aestimationis augmentum difficilius praestatur, quam id, quod interest. §. 622.

Litis contestatione non semper melior fit litigantis conditio. §. 623.

Fructus facilius adjudicantur, quam incrementum aestimationis, quod extrinsecum est. §. 624.

Aestimatio quanti plurimi, vel id, quod interest, praestari debet a reo moram faciente post condemnationem. §. 625.

Aestimatio quanti plurimi fit inspecto valore maximo, qui communiter in anno fuit. An haec adjudicari possit ante diem interpellationis judicialis. §. 626.

Debitor morosus ejus, quod interest nomine, solum plerumque praestat lucrum, quod circa rem ipsam est. §. 627.

An interpretum sententiae a supremis curiis probatae consentiant his, quae hactenus tradita sunt de aestimatione quanti plurimi? §. 628., *et* 629.

Morae redargui an possit reus intra quadrimestre a die condemnationis? §. 630.

Aestimatio secundum tempus contractus debetur, si ita convenerit, vel aestimatio ipsa sit in obligatione, quae tempore contractus oriatur. §. 631.

An interpretum sententia magis congruat juris naturalis rationi, quam verba jureconsultorum? §. 632.

Quid si debitum incertum sit, et per creditorem fiat, quominus de eo constet? §. 633.

Frumenti ex censu debiti praesens aestimatio alicubi praestatur, si minor sit, quam antea fuerit. Quare? §. 634.

Annuum quomodo aestimetur? §. 635., *et* 636.

Confessio in judicio facta plenae probationis vim habet. Quid si fiat extra judicium? §. 637., *et* 638.

Aestimatio praestatur habita ratione loci ad contractum implendum destinati. §. 639.

Si locus solutioni adscriptus non sit in contractibus stricti juris, aestimatio loci spectatur, in quo res petitur. Quid de contractibus bonae fidei? §. 640., *et* 641.

Contractus celebratus intelligitur in loco, in quo implementum accipere debet. §. 642.

§. 611.

Condictio triticaria, ut modo diximus (§. 609.), est actio personalis, qua petitur aestimatio rei debitae in casu, quo res ipsa debita non praestatur (1): nimirum si debeatur species, veluti equus, domus, et similia, quae non recipiunt functionem in genere suo: quo casu praestatur aestimatio arbitrio boni viri; vel per jusjurandum in litem actoris, si res perierit post moram ante litem contestatam (2): nisi convenerit, ut alia res ejusdem generis reddatur, vel de certo ejus pretio. Cum autem aestimatio rei nonnisi in subsidium solvatur, sponte sequitur, eodem jure peti, quo res ipsa; adeoque condictio haec non est nova actio, sed consectarium, seu, ut alii loquuntur, adjectitia qualitas prioris actionis; bonae fidei proinde, vel stricti juris pro diversa principalis actionis natura.

(1) *L.* 1. *in princip. ff. hoc tit.*

(2) *L. In actionibus* 5. §. *ult. ff. de in lit. jurand.* (12. 3.)

§. 612.

Difficultas est in modo ineundae aestimationis rei: in quo magna est interpretum dissensio. Sed imprimis animadvertendum, neque condictioni triticariae locum esse, neque ex immutata rerum aestimatione quaestionem superesse, si rei aestimatio directe, et per se in obligationem deducta fuerit; in hoc etenim casu pecunia, quae certam omnino habet aestimationem, quaeque omnia aestimat (1), ab initio debita est:

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 13. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 2.

neque contrahentes ad aliam aestimationem, seu quantitatem pecuniariam respexisse videri possunt, quam quae tunc erat, cum obligatio nata fuit, sive bonae fidei negotium sit (2), sive stricti juris (3): nec immutatio aestimationis aliarum rerum augere potest, aut minuere obligationem pecuniariam ab initio certam (4). Valet utique conventio, ut pecunia credita in una nummorum specie in alia restituatur (5), ut alibi diximus (6).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 2. defin.* 16.
(2) *L. Hominem 37. in princip. ff. mandati* (17. 1.)
(3) *L. Fundum Cornelianum 28. ff. de novationib.* (46. 2.)
(4) *D. l. 1. in princip. ff. hoc tit.*
(5) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 2. defin.* 1.
(6) *De his supra diximus* §. 325., *ad* 327.

§. 613.

Difficultas ergo est de illis casibus, in quibus ab initio comprehensa sit primario, et per se res, cujus aestimatio immutationem passa fuerit. Sed imprimis opportunum ducimus, cum Fabro rem hanc apprime tractante, summatim revocare discrimen inter judicia bonae fidei, stricti juris, et arbitraria. Bonae fidei sunt illa, quae propter bonam fidem pleniorem habent, seu pariunt actionem, quam sit ipsa obligatio, quae actionem produxit: ita ferente natura obligationis, quae accessionum quoque praestationem ex officio judicis admittit (1). Stricti juris negotia appellamus, in quibus nihil praestatur, nisi quod verbis expressum est (§. 326.). Arbitraria vocantur, in quibus nihil praestatur, nisi quod judex arbitrio suo praestandum definierit (§. 327.)

(1) *L. Lucius Titius 24. in fin., l. Bona fides 31. ff. deposit.* (16. 3.), *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 2. defin. 6. in princip.*

§. 614.

Arbitrio autem judicis tunc locus fit, cum agitur adversus eum, qui neque ex contractu, vel quasi contractu, neque ex maleficio, vel quasi maleficio obligatus est; quem tamen aequum est aliquid praestare, si boni viri arbitrio res committatur: puta si quis rem alienam habeat sine ulla praecedenti obligatione (1); cum enim iniquum sit, rem meam ab alio retineri, possessor abitrio judicis eam restituere jubetur; quod si non faciat, condemnatur in id omne, quod mea potest interesse (2); idem est de actionibus de eo, quod certo loco dari oportet, nec tamen ibi solvitur (§. 127.). Ergo, scite concludit idem Faber (3), in bonae fidei judiciis condemnatio fit, non tantum jure obligationis, sed etiam ex natura, et qualitate actionis, officioque judicis (4): in negotiis stricti juris nonnisi ex mero jure obligationis (5): in arbitrariis nec actionis, nec obligationis jure, sed arbitrio judicis (6): quamquam arbitraria judicia plerumque imitantur ea, quae bonae fidei sunt (7).

(1) *Fab. cod. hoc tit. d. lib. 4. tit. 2. defin. 6. num. 6., et seqq.*
(2) *L. Qui restituere 68. ff. de rei vindicat.* (6. 1.)
(3) *Fab. cod. si cert. petat. lib. 4. tit. 2. defin. 6. num. 11., et seqq.*
(4) *L. Quaero 54. ff. locati* (19. 2.)
(5) *L. Rogasti 11. §. 1. ff. de reb. credit.* (12. 1.), *l. Quidquid adstringendae 99. ff. de V. O.* (45. 1.)
(6) §. *Praeterea 31. instit. hoc tit.*
(7) *L. Arbitraria 2., l. Centum Capuae 8. ff. de eo, quod cert. loc.* (13. 4.), *Fab. d. defin. 6. in fin.*

§. 615.

Hisce praemissis, in difficillima hac quaestione Romanis legibus magis consentanea videtur sententia distinguentium judicia bonae fidei a stricti juris, ita ut in judiciis bonae fidei, nec non arbitrariis, quae eodem jure reguntur (§. praeced.), inspiciatur

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 13. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 2.

tempus rei judicatae, seu quanti res tunc valet; in negotiis vero stricti juris tempus litis contestatae, si dies obligationi adjectus non sit (1); etenim in negotiis bonae fidei potest judex ex aequo, et bono petitionem, et conventionem condemnando excedere (§. 613.); non autem in negotiis stricti juris; cum enim in illis nihil veniat, nisi quod verbis expressum est (d. §. 613.), judex condemnare non potest ultra id, quod petitum est, cum lis contestata fuit (2).

(1) *L. Sed mihi* 3. §. *In hac actione* 2. *ff. commodat.* (13. 6.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 2. *defin.* 7., 8., *et* 14.

(2) *L. Vulgo receptum* 2. *ff. de usur.* (22. 1.).

§. 616.

An autem ratio habenda sit morae, quae praecesserit litem contestatam, vel rem judicatam, non consentiunt interpretes. Negat Faber, morae hujus ullam habendam esse rationem in judiciis stricti juris, nisi hactenus, ut obligatio perpetuetur, si forte debeatur species, quae perire possit (1), quia mora nequeat augere obligationem principalem, seu facere, ut plus sit in obligatione post moram, quam ante illam, sed tantum movere officium judicis, ut augeat condemnationem praestationibus accessionum ex bona fide, vel aequitate, cum actio admittit judicis officium, vel arbitrium (2); quod non contingit in negotiis stricti juris, sed tantum in negotiis bonae fidei (d. §. 613.), in quibus idcirco morae ante tempus rei judicatae rationem habendam sentit laudatus Faber (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 2. *d. defin.* 7. *num.* 3., *et seqq.*

(2) *L. Quaero* 54. *ff. locati* (19. 2.)

(3) *Fab. cod. hoc tit. defin.* 8. *in princip.*

§. 617.

Separandum tamen in hac re subjicit idem Faber mandatum a caeteris negotiis bonae fidei: propterea si fidejussor rem certam, puta bovem, solverit, aestimatio ineunda est ab eo die, quo solutio facta fuit (1); etiamsi postea mandati agatur, ut ita mandatarius indemnis servetur, nec damnum sentiat ex officio, quod in alterius utilitatem suscepit (2): atque idem ex indentitate rationis probandum est in negotiorum gestore (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 2. *defin.* 11. *in princip.*, *et defin.* 12.

(2) *L. Si servus* 61. §. *Quod vero* 5. *ff. de furt.* (47. 2.)

(3) *L. Illud quaesitum* 32. *ff. ad leg. Aquil.* (9. 2.)

§. 618.

Putant alii, moram, quae litem contestatam praecesserit, in judiciis stricti juris, vel rem judicatam in bonae fidei, prout omnes fatentur (§. 616.) moroso debitori nocere (1): ideoque si res inter moram, et litem contestatam, vel sententiam pluris valuerit, quam ipso litis contestatae, vel condemnationis momento, reum damnandum esse in id, quanti plurimi res fuit a tempore morae, usque ad tempus litis contestatae, vel sententiae (2), ita ut tempus morae sit terminus, a quo incipit haberi ratio aestimationis, tempus vero litis contestatae, vel rei judicatae sit terminus, ad quem usque eadem aestimationis ratio habetur.

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 3. *fer. in med.*

(2) *D. l. In hac actione* 3. *ff. hoc tit.*, *l. Hominem* 37. *in fin. ff. mandat.* (17. 1.)

§. 619.

Sententia haec non uno in loco a jureconsultis tradi videtur. Pomponius agens de venditore moram faciente in tradendo vino haec habet: *si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuerit; vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur* (1): videlicet venditionis tempus, quatenus res vendita, nisi aliud actum sit, statim tradi debet (2), est initium

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 13. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 2.

morae. Hic quidem de venditione, quae bonae fidei est, agitur, sed idem tradit Ulpianus de constituto (3), quod stricti juris est.

(1) *L. Ratio* 3. §. *Si per venditorem* 3. *ff. de actionib. empt.* (19. 1.)

(2) *L. Julianus* 13. §. *Veniunt* 20. *ff. eod. tit.*, *l. Curabit* 5. *cod. eod. tit.* (4. 49.)

(3) *L. Si duo* 16. §. *ult. ff. de constit. pecun.* (13. 5.)

§. 620.

Hinc rei furtivae aestimationem, quia fur a primo patrati furti momento, donec restituat, in mora est, in condictione furtiva spectandam esse, quanti unquam maximi fuit ab eo tempore, quo res aliena ablata est, censuit modo laudatus Ulpianus (1); atque idem respondit Tryphoninus de actione rerum amotarum (2). Proinde in legibus, quae petitionis tempus inspiciendum docent (3), suppleri debet exceptio, nisi mora praecesserit (4).

(1) *L. In re furtiva* 8. §. 1. *ff. de condict. furtiv.* (13. 1.)

(2) *L. penult. ff. de action. rer. amot.* (25. 2.)

(3) *L. Vinum* 22. *ff. de reb. credit.* (12. 1.), *l. Fundum* 28. *prop. fin. ff. de novat.* (46. 2.)

(4) *Voet in ff. hoc tit. num.* 3. *post med.*

§. 621.

Pertinent haec ad obligationes, quibus dies adjectus non fuerit: quod si fingamus, diem solutioni praescriptum fuisse, alii putant, aestimationem praestandam juxta illud tempus, ita ut non augeatur obligatio, licet rei valor usque ad litem contestatam vel condemnationem creverit; quia contrahentes ad id tempus respexisse videntur (1); utique vero praestetur id, quod creditoris interest, sua die solutum non fuisse (2). Aliis placet, aestimationem ita incundam, ut dies definita sit terminus, a quo incipiat aestimationis ratio haberi, lis vero contestata, vel res judicata terminus, quo desinat aestimationis habendae ratio (§. 618.)

(1) *L. Vinum* 22. *ff. de reb. credit.* (12. 1.), *l. Quoties* 59., *et l. seq. ff. de V. O.* (45. 1.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 2. *defin.* 9., *et* 10.

§. 622.

Facilius sane adjudicatur id, quod interest, quam aestimationis augmentum; cum illud speciem damni emergentis habeat, hoc lucri cessantis: favorabilior autem est caussa eorum, qui de damno vitando, quam qui de lucro captando certant (1). Hinc in negotiis stricti juris potest judex condemnare ad id, quod interest, moram non esse factam post litem contestatam (2); sed augmentum non praestatur, licet rei aestimatio post litem contestatam creverit, nisi creditor doceat sua interfuisse, puta quia rem tanti fuisset distracturus: atque apud omnes constat, id, quod interest, ab aestimatione rei diversum esse (3).

(1) *L. Quod autem* 6. §. *Simili modo* 11. *ff. quae in fraud. creditor.* (42. 8.)

(2) *L. Cum fundus* 31. *ff. de reb. credit.* (12. 1.), *l. Quod si Ephesi* 4. *ff. de eo, quod certo loco* (13. 4.)

(3) §. *Illud* 10. *instit. de leg. Aquil.* (4. 3.)

§. 623.

Nec movet, quod objiciunt, posita superiore sententia (§. 618.), deteriorem fieri conditionem eorum, qui litem contestantur, cum tamen melior fieri soleat (1); etenim, praeterquamquod non ait jureconsultus, nunquam fieri deteriorem caussam ejus, qui litem contestatur, sed plerumque non fieri; damnum, quod sustinere potest creditor, non contingit praecise ex litis contestatione, sed ex negotii indole; juxta quam judex ultra petita condemnare non potest (§. 615.), nisi interesse demonstretur, moram post litem contestatam non fuisse commissam (§. praeced.).

(1) *L. Non solet* 86., *et l. seq. ff. de reg. jur.* (50. 17.)

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 13. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 2.

§. 624.

Neque a fructibus post litem contestatam debitis etiam in actionibus stricti juris argumentari licet ad rei aestimationem; fructus enim praestantur tamquam rei accessio (1), aestimatio autem, seu incrementum aestimationis extrinsecum rei est, quod proinde petitum ab initio videri non potest; maxime quia omnino incertum erat.

(1) *L. Videamus* 38. §. *Si actionem* 7. *ff. de usur.* (22. 1.)

§. 625.

Sed quid, si rei aestimatio creverit post condemnationem, ut reus morosus sit in ea praestanda? Cum condemnatus moram faciat in singula momenta, donec judicato satisfaciat (1), aestimatio quanti plurimi debetur (2), alioquin creditor damnum sentiret ex mora rei: vel saltem praestare debet id, quod creditoris interest, moram non fuisse factam (§. 622.)

(1) *L. In re furtiva* 8. §. 1. *ff. de condict. furtiv.* (13. 1.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 2. *def.* 13.

§. 626.

Porro in aestimatione quanti plurimi non inspicitur valor maximus, qui fuerit unius diei, vel paucorum dierum, sed qui communiter eo anno maximus fuit (1). Nec facile adjudicatur aestimatio quanti plurimi ante diem interpellationis judicialis, nisi evidens, atque inexcusabilis plane mora praecesserit (2): qua in re caute pronunciare debet judex, ne nimis gravet debitorem, forsitam ex necessitate morosum; sed et ne nimia debitoris commiseratione creditori damnum inferat.

(1) *Argum. l. Pretia rerum* 63. *princip.*, *et* §. *ult. ff. ad leg. falcid.* (35. 2.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 2. *def.* 17. *in princip.*

(2) *Fab. d. defin.* 17. *num.* 2. *et seqq.*

§. 627.

Eadem aequitatis ratione, cum creditori praestatur id, quod interest, moram non fuisse factam post litem contestatam, vel condemnationem, non id omne praestandum est, quod creditor forte lucratus fuisset vendendo, vel negotiando (1): sed tantum, ejus lucri, quod circa rem ipsam est, cujus praereptio imputari potest moroso debitori, quamque praevidere potuit (2): quo fundamento censuit Ulpianus, lucri omnis etiam extrinseci praerepti habendam esse rationem, cum quis in alio loco, quam convenerat, solvit (3): loci adjectio a creditore volita demonstrat, ejus maxime interesse posse ibi potius, quam alibi solvi.

(1) *L. ult. ff. de peric., et commod. rei vendit.* (18. 6.)

(2) *L. Si sterilis* 21. §. *Cum per venditorem* 3. *ff. de act. empt.* (19. 1.)

(3) *L. Arbitraria* 2. §. *ult. ff. de eo, quod cert. loco.* (13. 4.)

§. 628.

Caeterum, si Fabro credimus, quae de tempore, et modo ineundae aestimationis rei debitae hactenus disputavimus, a plerisque interpretibus non probantur (1): atque supremae curiae consentientes interpretum fere omnium opiniones passim sequuntur (2). Igitur secundum interpretes, ait Faber, nulla in hac parte differentia est inter judicia bonae fidei, et stricti juris, nisi cum agitur de rei aestimatione probanda ab actore per jusjurandum in litem: sed in utrisque inspicitur tempus morae, si qua praecesserit litis contestationem, atque eo tempore pluris res fuerit, sive mora ex re fuerit contracta, puta venditor pretio accepto rem non tradiderit, quam tradere potuisset, sive ex lapsu temporis adjecti, sive per interpellationem in judicio, vel etiam extra judicium factam (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 2. *defin.* 15. *in princip.*

(2) *Fab. d. defin.* 15. *in fin.*

(3) *Fab. d. definit.* 15. *num.* 1. *ad* 4.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 13. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 2.

§. 629.

Quod si tempore morae res fortasse minoris fuerit, tradunt interpretes, subjicit Faber modo laudatus, aestimationem crescere in singula momenta. seu deberi auctam aestimationem ab eo die, quo mora contracta est, usque in tempus condemnationis (1): nisi medio tempore mora purgata sit, nec rursus contracta (2).

(1) *Argum. l. In re furtiva* 8. §. 1. *ff. de condic. furtiv.* (13. 1.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 2. *d. defin.* 15. *num.* 5.

§. 630.

Quinimmo, prosequitur idem Faber, ex interpretum sententia aestimationis augmentum debetur a debitore moroso post condemnationem, elapso utique quadrimestri ad solvendum dato (1), intra quod morae redargui non potest debitor, cum lex dilationem indulgeat; nisi forte debitor temere a sententia appellaverit (2).

(1) *L. ult. cod. de usur. rei judicat.* (7. 54.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 2. *d. def.* 15. *num.* 6. *ad* 9.

§. 631.

Neque desunt casus, in quibus inspicitur tempus contractus, si iisdem interpretibus assentimur, eaque aestimatio debetur, quae tunc praecise fuerit; nempe si ita convenerit, vel aestimatio ipsa in obligatione sit, atque obligatio ipso contractus tempore oriatur: veluti si quis stipulatus fundum Cornelianum, postea, sed statim stipuletur illius aestimationem, seu quanti fundus ille est (1): si enim obligatio praestandae aestimationis deinceps ex intervallo adjecta fuisset, ejus dumtaxat temporis ex praesumpta contrahentium voluntate praestanda esset (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 2. *d. def.* 15. *num.* 10.

(2) *Fab. d. def.* 15. *num.* 11., *argum. l. Cum quis* 22. *ff. de obligat., et actionib.* (44. 7.)

§. 632.

Omnis haec distinctio, si demas postremum membrum (§. praec.), quod dubitatione caret, a ratione juris (utique Romani) omnino abhorrere putat Faber: quam tamen supremae curiae omnes propter consentientes interpretum fere omnium in hac parte sententias eam passim sequuntur, adeo receptus est, inquit, alius ille error inveteratissimus, qui summo jurisprudentiae nostrae malo invexit, ut communis error jus faciat (1). Verum sententia interpretum, licet a Romanorum prudentum scitis forte abhorreat, congruit tamen rectae rationi, quam Christiani potissimum juris cultores sequi debent: adeoque summopere commendanda sunt suprema tribunalia, quae veritatem sequi amant, quam in jureconsultorum Ethnicorum verba jurare, cum de quaestionibus agitur, non auctoritate, sed rationis lumine definiendis.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 2. *d. def.* 15. *in fin.*

§. 633.

Sed quid, si debitum incertum sit, et per creditorem fiat, quominus de eo certo constet? Fingamus, mercedis, quam in frumento solvi convenerat, remissionem postulari a conductore fundi ex caussa belli, quod temere negetur a locatore? Placuit in hoc casu Sabaudis patribus, non anni cujusque majorem aestimationem spectari oportere, sed eam, quae tempore solutionis est (1), quia per locatorem steterat, ne statim sciri posset, quantum ex mercede remitti, et consequenter, quantum solvi oporteret: adeoque in mora locator positus erat, quae conductori noxia esse non debet (2). Quod si nec conductor in mora offerendi, nec locator in mora accipiendi positus fuisset, solvenda esset communis saltem aestimatio, quae unoquoque anno debita fuit (3); ita postulante contractus natura, et contrahentium indemnitate.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 2. *def.* 18. *in princ.*

(2) *L. Si soluturus* 39. *ff. de solut.* (46. 3.)

(3) *Fab. d. def.* 18. *in fin.*

§. 634.

Commendandum maxime est, ut obiter dicamus, statutum, cujus meminit Faber, quo cautum, ut cum de frumento ex censu debito agitur, si creditor fuerit in mora petendi, sufficiat praestare, si minor sit, quam antea fuerit (1); ita enim coercetur avaritia eorum, qui propter anni abundantiam repudiant ad tempus, atque negligunt censuum exactionem ea mente, ut, inopiae occasione captata, majus pretium consequantur: quod naturale jus non secus ac civile improbat (2). Quae apud nos in hac re cauta sunt, alibi tradidimus (3).

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 13. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 2.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 2. d. def.* 18. *num.* 16., *et* 17.
(2) *Argum. l. Nulli 7. cod. de erogat. militar. annon.* (12. 38.)
(3) *V. Tom. X* §. 1449. *pag.* 348.

§. 635.

Si quaeratur, quomodo aestimandum sit uno pretio, quod jure annui debetur ad multos annos, distinguit ex Sabaudi Senatus sententia Faber, utrum debeatur ex dispositione ultimae voluntatis, an ex contractu inter vivos. Priore casu placuit, inspiciendam aetatem illius, cui annuum debetur (1), juxta formam a jureconsultis traditam, cum de legis falcidiae petenda ratione disceptatur (2): posteriore casu magis probat Senatus eorum sententiam, qui annorum quindecim reditus aestimari volunt (3), exemplo ejus, quod in donatione Justinianus constituit (4): atque idem placuit in annuo, quod ex judicato forte debeatur; quippequod magis accedat ad caussam debiti inter vivos, quam ultimae voluntatis (5).

(1) *Fab. cod. hoc tit. si cert. petat. lib. 4. tit. 2. def. 2. in princ.*
(2) *L. Computation.* 68. *ff. ad leg. falcid.* (35. 2.).
(3) *Fab. d. def. 2. in fin.*
(4) *L. Si quis argentum* 35. §. *Sin autem* 3. *versic. In rediribus cod. de donat.* (8. 54.)
(5) *Fab. cod. hoc tit. def.* 3.

§. 636.

Verum, ut scite animadvertit idemmet Faber (1), Justiniani constitutio (2) nititur singulari favore pauperis donatoris, qui donaverit annuum reditum ex fundis praestandum, nec ullos fundos habeat; atque hoc casu aestimationem in quindecim annos solvendam indistincte praescribit; quo autem fundamento hunc annorum numerum statuat, nec ipse aperit, nec interpretes divinare sciunt: proinde jus hoc singulare omnino ad contractus onerosos trahi non debet (3), nisi usu fori, vel consuetudine ita inductum sit.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 2. d. def. 2. alleg. ult.*
(2) *D. l.* 35. §. 3. *cod. de donat.* (8. 54.)
(3) *L. Quod vero* 14, *et duobus seqq. ff. de legib.* (1. 3.)

§. 637.

Si chirographum alienum quis non restituat, non semper tenetur ad solvendam quantitatem chirographo contentam, cum fieri possit, ut aliunde de debito constet, puta per judicialem debitoris confessionem (1), cum in judicio confessus pro judicato habeatur (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 2. def.* 5.
(2) *L.* 1., *l. Certum* 6. *ff. de confessis* (42. 2.)

§. 638.

Confessio extra judicium facta, absente parte, non eandem vim habet (1); non enim ex confessione, sed ex numeratione mutuum exurgit (2). Haec tamen confessio, si de ea certo constet, semiplenae probationis vim habet, ita ut actori deferri possit jusjurandum suppletivum, si nulla contraria praesumptio urgeat (3). Plene autem probata intelligitur confessio extrajudicialis etiam per testes singulares, dummodo non pauciores,

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 13. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 2.

quam quinque; cum cofessio actus sit reiterabilis, ut loquuntur pragmatici, in quo rerum genere receptum est, ut pro idoneis habeantur singulares testationes, dummodo tendant ad eundem finem (4).

(1) *Osasc. dec.* 76., *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 2. *def.* 4. *in princ.*
(2) *L.* 1. §. *Re contrahitur* 2. *ff. de obligat.*, *et actionib.* (44. 7.)
(3) *Fab. cod. hoc tit. d. definit.* 4. *num.* 3., *et* 4.
(4) *Fab. d. def.* 4. *in fin.*

§. 639.

Hactenus diximus de rei aestimatione, habita ratione temporis: idest expendimus, cujus temporis ratio haberi debeat in rei debitae aestimatione ineunda. Difficultas quoque esse potest de loco, seu cujus loci ratio habenda sit in re aestimanda. Imprimis interest, utrum certus locus implemento contractus fuerit adjectus, nec ne. Loco ad contractum implendum destinato, hujus plane loci aestimatio spectanda est, sive agatur de negotio stricti juris, veluti mutuo (1), sive de negotio bonae fidei, puta venditione (2); cum unusquisque intelligatur contraxisse in loco, ubi solutio fieri debet, licet conventio alibi celebrata sit (3).

(1) *L. Vinum* 22. *in fin. ff. de reb. credit.* (12. 1.), *l. ult. in fin. ff. hoc tit.*
(2) *L. Ratio* 3. §. *ult. in fin. ff. de action. empti* (19. 1.)
(3) *L. Ubi* 3. *ff. de reb. auctorit. judic. possid.* (42. 5.), *l. Contraxisse* 21. *ff. de obligat.*, *et act.* (44. 7.)

§. 640.

Sed si locus solutioni adscriptus non sit, distinguunt jureconsulti contractus stricti juris a contractibus bonae fidei: in illis spectatur aestimatio loci, in quo res petitur (1): in his, seu contractibus bonae fidei, puta venditionibus inspicitur aestimatio loci, in quo contractus celebratus fuit, vel quo agitur, arbitrio actoris, si per venditorem steterit, quominus res tradita sit (2). Quod si emptor ipse in mora accipiendi positus sit, aestimatio initur habita ratione loci, in quo res minoris valet, sive rei aestimatio minor sit in loco, ubi agitur, sive in loco, ubi contractus celebratus fuit (3).

(1) *D. l. Vinum* 22. *in fin. ff. de reb. credit.* (12. 1.), *d. l. ult. in fin. ff. hoc tit.*
(2) *L. Ratio* 3. §. *Si per venditorem* 3. *ff. de action. empt.* (19. 1.)
(3) *D. l.* 3. §. *ult.*

§. 641.

Cur in judiciis stricti juris indistincte spectetur locus, quo res petitur; electio autem actori permittatur in judiciis bonae fidei, an loci contractus, an judicii aestimationem spectari velit, haec offerri potest discriminis ratio, quod cum in negotiis stricti juris nihil praestetur ex aequo, et bono praeter id, quod verbis expressum est, actor se referre videtur ad aestimationem loci, ubi petit: contra bonae fidei contractuum plenior interpretatio fit, ita ut consequatur id omne, quod ex aequo, et bono praestandum est, adeoque electio ipsi potius, quam emptori moroso tribuenda fuit, cujus loci aestimationem consequi velit: qua tamen electione privandus est, atque in venditionem transferenda, si huic mora non possit imputari; sed venditori (§. praeced.)

§. 642.

Subjicit jureconsultus, non oportere ejus loci pretia spectari, in quo agitur, sed ejus, ubi vinum tradi oportet; *nam quod a Brundusio vinum venit, etsi venditio alibi facta sit, Brundusii tradi oportet* (1): quo innuit, quod dicitur de loco contractus inspiciendo (§ 640.), accipiendum esse de eo casu, quo vinum in eodem loco tradendum fuerit; alioquin, ut modo diximus, contractus ibi celebratus intelligitur, ubi implementum accipere debet, licet conventio alibi facta sit (§. 639.)

(1) *D. l. Ratio* 3. §. *ult. ff. de actionib. empt.* (19. 1.)

Inst. l. 4. tit. 6.
ff. l. 11. tit. 5.
Cod. l. 3. tit. 43.

TITULUS X.

De ludo, et lusoribus.

Instit. lib. 4. tit. 6. *De actionib.*
Digest. lib. 11. tit. 5. *De aleatoribus.*
Cod. lib. 3. tit. 43. *De aleatorib., et alear. lusu.*

SUMMARIA.

Ludi alii habentur liciti, alii illiciti. Liciti sunt, in quibus ars, illiciti, in quibus sors praedominatur. §. 643., *et* 644.

Victori in ludo licito praemium dari potest, dummodo non immodicum. §. 645.

Factum, ut quis a ludo aleae abstineat, honestum est, et ratum. §. 646.

Gravissimae jure Romano poenae constitutae fuerunt adversus lusores, et auxilium praebentes. §. 647., *et* 648.

Venditiones in alea celebratas Romanae leges non probant. §. 649.

Quid de pecunia mutuo data ab extraneo ad ludendum? §. 650., *et* 651.

Quid si colludens victor aleatori victo mutuam in alea det pecuniam? §. 652.

Quae sit hodierni foro quoad aleatores disciplina? §. 653.

An condici possit, quod ludo neutiquam probato amissum fuit? An sponte in foro conscientiae restitui debeat? §. 654.

Quid de pecunia ludo licito amissa? De sponsoribus, qui de lusorum victoria, vel alicujus rei veritate, aut eventu certant? §. 655.

Sponsio valere videtur, licet fiat de re turpi, nisi mali ominis sit, vel contineat grave periculum captandi mali exitus. §. 656.

Ludus ollae, vulgo lotteria *hodie frequentissimo usu probatur. Quae sint ejus conditiones?* §. 657., *et* 658.

§. 643.

Quamquam hodie apud plerosque populos non tantum sit ludi, et lusorum odium, quam apud Romanos, attamen nec indistincte probantur ludi omnes: quare de ludo, et ludi sponsionibus agere non inopportunum ducimus. Ludi apud Romanos alii habebantur liciti, alii non. Liciti sunt, in quibus ars dominatur, quorum quinque recenset species Justinianus (1): cui consentit Paulus ajens, ex Senatusconsulto permitti certare *hasta, vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, quod virtutis caussa fiat* (2).

(1) *L.* 1., *et ult. cod. hoc tit.*
(2) *L. Solent* 2. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 644.

Illiciti vero habentur ludi, in quibus sors praedominatur, atque aleae nomine generatim significantur (1); nec pro virtute certamen fit (2). Usus sortium probatus quidem fuit in rebus seriis, veluti in legato optionis relicto pluribus, qui in eligendo dissentiant (3), immo et in judiciis mixtis; in quibus vix discerni potest, quis actor, quis reus sit, veluti familiae erciscundae (4); atque ideo sorte quaestio dirimenda praecipitur (5): non tamen extra necessitatis casum per jocum, et lusum sorte abuti permissum fuit (6): unde servus aleator, non secus ac gulosus, mendax, et litigiosus animi vitio laborans habitus est (7).

(1) *L.* 1., *et ult. cod. hoc tit.*

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 11. tit. 5. Cod. l. 3. tit. 43.

(2) *L. In quibus rebus* 3. *ff. hoc tit.*
(3) §. *Optionis* 23. *in fin. instit. de legat.* (2. 20.)
(4) *L. In tribus* 13. *ff. de judic.* (5. 1.)
(5) *L. Sed cum ambo* 14. *ff. eod. tit.*
(6) *D. l.* 1., *et ult. cod. hoc tit.*
(7) *L. Ob quae vitia* 4. §. *Item aleatores* 2. *ff. de aedil. edic.* (21. 1.)

§. 645.

Sicuti autem ludis, in quibus magis se se prodit industria, quam sors, certare honestum habitum fuit (§. 643.), ita et licere debuit victori praemium proponere, seu sponsionem facere (1), vel in pecunia (2), vel in esculentis rebus, seu ad vescendum comparatis (3); dummodo in singulas commissiones, seu congressus, aut vices ultra unum solidum a ditioribus lusoribus non deponatur, a caeteris longe minus (4), ne victus gravem jacturam sustineat. Quod si amplius lusum fuerit, quod amissum est, peti non potest, immo datur repetitio, si forte solutum sit (5).

(1) *D. l. In quibus rebus* 3. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l. Solent* 2. §. 1. *ff. hoc tit.*
(3) *L. ult. ff. hoc tit.*
(4) *L.* 1. *in fin.*, *l. ult. in med. cod. hoc tit.*
(5) *D. l.* 1. *in fin. cod. hoc tit.*

§. 646.

Cum jure prohibeatur ludus alae (§. 644.), sponte sequitur, valere pacta, ut ab hisce ludis quis se abstineat: puta si quis promiserit centum, si is forte alea luserit (1); cum honestissimae sint hujusmodi conventiones, quippequibus cives a rebus illicitis abstrahuntur: quamquam non valet promissio, qua quis spondeat, se centum Titio daturum, si hominem non occiderit, idest centum dari non debent, licet Titius ab homicidio abstinuerit (2); cum enim solo virtutis amore homicidii crimen vitari debeat, sine caussa praemium acciperetur (3).

(1) *Argum.* §. *ult. instit. de V. O.* (3. 16.), *l. Ex ea parte* 121. §. 1. *ff. eod. tit.* (45. 1.)
(2) *L. Juris gentium* 7. §. *Si ob maleficium* 3. *ff. de pact.* (2. 14.)
(3) *L. Ut puta* 2. *ff. de condic. ob turp. causs.* (12. 5.)

§. 647.

Gravissimae Romano jure adversus aleatores, et auxilium praebentes poenae constitutae fuerunt; atque, quod ad lusores pertinet, denegata ipsis est omnis actio ad petendum, quod alea lucrati fuerint; quod immo repeti potest, si solutum fuerit, tum a lusoribus, tum ab eorum haeredibus adversus lusores, eorumque haeredes (1): quod si lusores eorumque haeredes repetere neglexerint, defensoribus civitatum, Episcopis, et Praesidibus repetendi facultas datur, in pios, vel publicos usus convertendum, quod recuperaverint, sola obstante quinquaginta annorum praescriptione (2): atque pater repetere potest, quod filiusfamilias alea perdiderit, et solverit (3).

(1) *L.* 1., *et ult. cod. hoc tit.*
(2) *D. l.* 1., *et ult. cod. hoc tit.*
(3) *L. ult.* §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 648.

Severius animadversum est in eos, qui domos ad alea ludendum praebent, iis quippe omnis actio denegata fuit, si eo tempore furtum passi sint, pulsati, verberati, injuria, vel damno affecti etiam a lusoribus ipsis (1): immo etiam domus, in qua lusum alea fuerit, publicari mandatur (2); atque ita contra generales juris regulas constitutum fuit, ut, quos magistratus decretis suis continere non poterat, facilius coercerentur; nec amplius ludendi locum, et occasionem praeberent: atque illi, qui

vel ab initio ad ludendum cogunt, vel victi alios retinent, pecuniaria poena, immo corporali plectuntur (3).

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 11. tit. 5. Cod. l. 3. tit. 43.

(1) *L.* 1. *princip.*, *et* §§. *seqq. ff. hoc tit.*

(2) *L. ult. cod. hoc tit.*

(3) *L.* 1. §. *ult.*, *et l. sequ. ff. hoc tit.*

§. 649.

Praeterea, quia venditiones in alea celebratae periculi plenae, nec non fraudis suspectae sunt; denegata fuit actio de evictione illi, qui rem ab aleatore in alea comparaverit (1), data aleatori exceptione, qua se defendat (2): non tamen in jure prohibetur repetitio mutuae pecuniae ad ludendum datae: nisi forte quis putet, pecuniam hanc habendam esse tamquam datam in turpem caussam; prout traditur de pecunia minori perdituro mutuo data, et deinde restituta (3); vel credita meretrici ex mandato adolescentis luxuriosi: quo casu mandati actio denegatur (4).

(1) *L. Si filiofamilias* 2. §. 1. *ff. quar. rer. act. non datur* (44. 5.)

(2) *L. In exceptionibus* 19. §. *ult. ff. de probat.* (22. 3.)

(3) *L. Quod si minor* 24. §. *Restitutio* 4. *ff. de minorib.* (4. 4.)

(4) *L. Si vero* 12. §. *Si adolescens* 11. *ff. mandati* (17. 1.)

§. 650.

Non desunt sane, qui repetitionem pecuniae ad ludendum alea, seu illicitis ludis mutuo datae repetitionem probabilius dari contendunt; tum ratione, tum auctoritate legum: ratione primum, quia etsi male faciat, qui pecuniam aleae caussa mutuam dat, non tamen videtur idcirco privandus re sua; cum possit aleator pecuniam in alea non amittere, imo ex ea aliam lucrari; vel servatam in alios honestos usus impendere, adeoque saltem in hisce casibus aleator ad restituendum cogendus est, ne cum dispendio mutuantis locupletior fiat, quod non sinit aequitas (1).

(1) *L. Nam hoc natura* 14. *ff. de condic. indeb.* (12. 6.)

§. 651.

Romanae quoque leges huic sententiae favent. Ulpianus ex Labeone in rem domini versum tradit, quod servus mutuatus domino emit valenti ad luxuriae materiam; vel ad turpes sumptus subministravit; ratione adjecta; quia inspici non debet, *an bono domini cesserit, quod consumptum est, sed an in negotium domini* (1). Neque aliud probant leges supra citatae de pecunia mutuo data minori perdituro, aut meretrici ex mandato adolescentis luxuriosi (§. 649.); etenim in minore aetatis infirmitas singulari huic juri caussam praebet; in altero vero casu non denegatur repetitio pecuniae, sed tantum actio mandati adversus luxuriosum adolescentem, quia mandatum de re honesta non est; quod ideo leges firmare non debent (2).

(1) *L. Quod si servus* 3. §. *Nec non illud* 6. *ff. de in rem verso* (15. 3.), *V. supra* §. 564.

(2) *L. Si remunerandi* 6. §. *Rei turpis* 3. *ff. mandat.* (17. 1.)

§. 652.

Sed haec ita, nisi lex municipalis, aut contraria consuetudo aliud inducat, prout alicubi receptum (1). Plures quoque excipiunt pecuniam a colludente victore, sive directo, sive per interpositam personam victo aleatori mutuo datam, ita ut haec repeti non possit (2). Verum nec ratio (§. 650.), nec leges (§. praeced.) aliud odio colludentis mutuam pecuniam dantis probant: proinde idem jus pro eo statuendum est (3): nec turpius facere videtur colludens, quam extraneus quilibet. Optandum forte, ut publica auctoritate contractus hi fierent irriti, sed interpretes lege, quae lata non est, niti nequeunt. Sane venditionem ab aleatore in alea celebratam firmam esse ex denegata evictionis actione constat (§. 649.); si enim venditio haec irrita esset, nullatenus quaeri de evictione posset.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 11. tit. 5. Cod. l. 3. tit. 43.

(1) *Voet in ff. hoc tit. num. 5. in princip.*
(2) *Voet in ff. hoc tit. d. num. 5.*
(3) *L. Illud quaesitum 32. ff. ad leg. aquil.* (9. 2.)

§. 653.

Quae hactenus disputavimus, ex Romano jure pendent: mitior est hodierni fori adversus aleatores disciplina: neque impune injuria fit illis, qui domos ad ludendum praebent, nec domus hae publicantur; quamquam apud nos olim gravis trecentorum aureorum mulcta indicta erat, tum illis, qui ludis prohibitis operam darent, tum qui domum hisce lusoribus dolo praeberent (1).

(1) *Edict. Carol. Emmanuel. I. 22. januar.* 1585. *pen. Borel. pag.* 739. *column.* 1.

§. 654.

Quae in ludo prohibito, vel tolerato tantum non permisso, amissa sunt, exigi nequeunt (1); sed solutum condici vix potest; saltem si non immodicum, personarum, et rerum adjunctis pensatis sit, quod amissum, et solutum fuit (2): atque idem dicendum de iis, qui ad creditum ludunt: licet autem repeti possit, quod ludo illicito, amissum, et solutum fuit, qui tamen lucratus est, non tenetur, si quibusdam credimus, sponte restituere, nisi malis artibus acquisitum fuerit (3); quia lex contractum non irritat, nec prohibet dominium a ludente acquiri, sed in poenam actus prohibiti concedit victo repetitionem, in poenam, et odium victoris; poenam autem nemo sua sponte solvere tenetur, etiam in foro conscientiae.

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 6., *Perez. in cod. hoc tit. num.* 7., *Thesaur. quaest. forens. lib.* 4. *quaest.* 19. *num.* 8., *ubi tamen, quia victor prius amiserat in eodem ludo, data est amissi repetitio.*
(2) *Perez. in cod. hoc tit. d. num.* 7.
(3) *Perez. in cod. hoc tit. num.* 6.

§. 655.

Quod ludo licito amittitur, solutum repeti non potest, immo ex usu honestiorum virorum solvi debet, si modicum sit, quale reputatur, *quod inter ludentes uno tantum pastu consumi valet* (1). Fidejussores lusorum non ultra tenentur, quam lusores ipsi, quorum obligationi firmandae accedunt (2): sponsores vero, qui de lusorum victoria certant, eodem jure regi debent, ac lusores ipsi (3). Aliud profecto dicendum de sponsionibus, quae fiunt de alicujus rei veritate, vel eventu; contendentes sibi invicem aliquid spondent dandum illi, qui veritatem fuerit assecutus, vel pro quo stabit eventus; conventiones istae in jure probantur (4), et merito, cum nullam contineant turpitudinem, dummodo neuter certus sit de rei veritate, vel eventu, licet periculum omnino aequale non sit utrinque, puta quia probabilior sit unus casus, quam alter (5); modicum discrimen non inspicitur, utique maximum, ut aequalitas inter contrahentes servetur.

(1) *Decret. Amedei VII.* 17. *Junii* 1430. *apud Borel. pag.* 738. *col.* 2.
(2) *Argum. L. Si mulier* 16. §. 1., *L. ult.* §. 1. *ff. ad Senat. Consult. Vellejan.* (16. 1.)
(3) *Voet in ff. hoc tit. num.* 8. *et* 9.
(4) *L. Si gratuitam* 17. §. *ult. ff. de praescript. verb.* (19. 5.)
(5) *Perez. in cod. hoc tit. num.* 9. *in princip.*

§. 656.

Sunt, qui putant, non valere sponsionem de re, aut conditione turpi, vel inhonesta (1); alii tamen eandem probant, nisi mali ominis sit; vel contineat grave periculum captandi mali exitus ea, de quibus fit sponsio: quo fundamento publice improbanda est sponsio de morte Principis: atque alicubi rata non habetur sponsio super successu patriae victoria, aut urbis obsessae deditione; propterea, quod detur occasio arcana hostibus prodendi, ob quae sperata victoria e manibus elabatur (2).

(1) *Perez. in cod. hoc tit. num.* 10.

(2) *Perez. d. num. ult., Thes. lib.* 2. *quaest.* 19. *num.* 3. ✠, *ubi de sponsione super sententia certo modo ferenda.*

Inst. l. 4. tit. 7. ff. l. 14. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 25

§. 657.

Huc quoque pertinet *ludus ollae*, ut quidam dicunt, vulgo *lotteria*, seu conventio multorum aliquid in commune ferentium, sorte deinceps dirimendum, quis vincere debeat. Ludus hic hodie unanimi populorum fere omnium consensu probatus est, et usu frequentissimus maxime in favorem pauperum: atque considerari potest tamquam contractus emptionis, quo certa pecunia emitur jus sorte praemium acquirendi, perinde ac si jactus retis ematur (1). Cavendum sane, ne, prout saepe fit, illi, qui ludum hunc in propriam utilitatem instituunt, merces a lusoribus acquirendas immodico aestiment pretio; quippequod et hic justum esse debet, non secus ac in aliis emptionibus (2).

(1) *L. Nec emptio* 8. §. 1. *ff. de contrahend. emption.* (18. 1.)

(2) *L. Rem majoris* 2. *cod. de rescind. vendit.* (4. 44.)

§. 658.

Quod spectat hujusce ludi conditiones, certa regula tradi non potest, cum diversae esse possint, et diversi modi, quibus sorte vincatur: solemnitates, prout publice propositae sunt, adamussim, quoad fieri potest, servari debent, non tamen ex omissa, vel aliquantisper immutata levioris momenti solemnitate nullus tamen fit actus: sed secernenda solemnia, quae ad substantiam actus pertinent, puta quae respiciunt modum faciendae sortitionis, ab aliis, quae de accidentibus sunt: forma ex trito axiomate dat esse rei (1); eaque immutata, res ipsa corruit (2): sed non idem est de accidentibus, sine quibus negotium consistit.

(1) *L. Cum hi, quibus* 8. § *Si praetor* 17. *ff. de transact.* (2. 15.)

(2) *L. Julianus* 9. §. *Sed si quis* 3. *ff. ad exhibend.* (10. 4.)

TITULUS XI.

De exercitoria actione.

Instit. lib. 4. tit. 7. *Quod cum eo, qui in alien. potest etc.*
Digest. lib. 14. tit. 1. *De exercitoria action.*
Cod. lib. 4. tit. 25. *De institor., et exercit. action.*

SUMMARIA.

Quae sint actiones summatim hoc loco expendendae? §. 659.

Exercitor navis ille est, ad quem quotidianus navis quaestus pertinet, sive dominus sit, sive conductor. §. 660.

Magister navis dicitur, cui incumbit cura quotidiana navis. Quid de promagistro, seu submagistro? §. 661.

Magister navis censetur habere mandatum contrahendi de re, cui praepositus est. §. 662.

Exercitoria actio competit ei, qui contraxit cum magistro navis, licet is unus sit ex navis exercitoribus. §. 663.

Ex contractu magistri in solidum agi potest adversus plures exercitores. Quid si singuli per se navem exerceant? §. 664.

Magister navis ampliorem hodiernis moribus facultatem habet, quam apud Romanos haberet. §. 665., *et* 666.

Inst. l. 4. tit. 7. ff. l. 14. tit 1. Cod. l. 4. tit. 25.

Exercitor navis an teneatur, si magister in suos usus converterit, vel perdiderit, quod navis caussa comparaverat? §. 667.
Exercitor navis tenetur de facto magistri, qui in officio deliquerit. §. 668.
Quid si magister illicitas merces in navi imposuerit, vel piraticam exercuerit? §. 669.
Qui cum magistro navis contraxerunt, adversus eundem agere possunt. An exercitor possit convenire eos, qui contraxerunt cum magistro navis suae? §. 670.
Cur de institoria actione non statim agamus? §. 671.

§. 659.

Post condictiones, a quibus paullisper recessisse videri possumus, ut de ludo, et lusoribus tractaremus, in Pandectis agitur de constituta pecunia, commodato, et pignoratitia actione: constitutum hodie a fidejussione non differt: de commodato, et pignoribus diximus, servato institutionem ordine. Quare breviter explicandae sunt diversae actionum species, quae titulos habent tum in Pandectis, tum in Codice, et summatim commemorantur a Justiniano (1), nimirum exercitoria, institoria, tributoria, quod jussu, de peculio, de in rem verso.

(1) §. *Eadem ratione* 2. *instit. hoc tit.*

§. 660.

Exercitor navis ille est, qui navem exercet, et ad quem quotidianus navis quaestus pertinet (1): sive is dominus navis sit, sive eam conduxerit, aversione, idest una mercede, sive ad tempus, vel in perpetuum (2). Navem omnes exercere possunt, quemadmodum alio modo negotiari: nisi speciatim prohibeantur; prout vetitum fuit praesidi, et procuratori Caesaris navem aedificare, aut habere: adeoque et exercere in ea provincia, quam regunt (3): atque senatoribus (4).

(1) §. *Eadem ratione* 2. *instit. hoc tit.*
(2) *L.* 1. §. *Exercitorem* 15. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Aufertur* 46. §. *Quod a praeside* 2. *ff. de jure fisci* (49. 14.)
(4) *L. His., qui naves* 3. *ff. de vacat., et excusat. muner.* (50. 5.)

§. 661.

In navibus exercendis cura quotidiana totius navis alicui committi solet, atque hic navis *magister* appellatur (1); immo et substitutus a magistro navis vicarius, promagister, vel submagister vulgo appellatus, magistri nomine etiam in jure donatur (2). Nec refert, utrum paterfamilias sit, an filiusfamilias, pubes, an impubes: sibi imputet navis exercitor, qui eum praeposuit (3): an extraneus, an dominus, seu exercitor ex parte navis (4); cum immo consultius videatur magistrum eligere eum, ad quem pars quaestus spectat, ut negotia diligentius administret.

(1) *L.* 1. §. 1. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 1. §. *Magistrum* 5.
(3) *D. l.* 1. §. *Cujus autem* 4.
(4) *L. Si tamen* 4. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 662.

Cum ergo cura totius navis ex voluntate exercitoris magistro demandata sit (§. praeced.), mandatum quoque habere censetur contrahendi de ea re, seu ejus rei gratia, cui praepositus est; adeoque praeponentem ex mandato obligat, si contrahat (1); eoque nomine inducta est a praetore actio *exercitoria*, seu actio personalis competens illis, qui contraxerunt cum magistro navis (2), vel ejus vicario, licet ignorante, immo et prohibente exercitore hic electus fuerit; quod ob navigantium indemnitatem, et faciliorem commercii usum receptum fuit.

(1) *L.* 1. §. *Sed si* 2. *in fin. ff. hoc tit.*, §. *ult. institut. hoc tit.*
(2) *D. l.* 1. §. *Magistrum autem* 5. *ff. hoc tit.*

Inst. l. 4. tit. 7. ff. l. 14. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 25.

§. 663.

Neque denegatur exercitoria actio ei, qui cum navis magistro contraxit, licet is unus sit ex navis exercitoribus (1); duplicem ex duplici negotio personam sustinere potest: idem dicendum, si magister contrahentis filius, vel servus sit; etenim exercitoris potius, quam magistri, alieno jure, et nomine contrahentis, persona inspicitur (2): non tamen sufficit, ut exercitoria actio competat, contrahere cum nautis; hi enim mandatum ab exercitore non habent (3).

(1) *L. Si eum* 5. §. *ult. ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 5. *in princip. ff. hoc tit.*
(3) *L.* 1. §. *Sed si, cum* 2. *ff. hoc tit.*

§. 664.

Datur haec actio adversus exercitorem (1): quod si plures sint, Romanis prudentibus placuit, adversus singulos ex contractu magistri actionem in solidum dandam esse (2), *ne in plures adversarios*, subjicit Gajus, *distringatur, qui cum uno* (magistro) *contraxit* (3): ita ut solvens a caeteris judicio societatis partes repetiturus sit (4): atque idem traditur de eo casu, quo servus plurium ex omnium voluntate navem exerceat (5). Quod si singuli per se sine magistro navem exerceant, pro portionibus tantum suis tenentur; quia invicem magistri non censentur (6).

(1) *L.* 1. §. *penult. ff. hoc tit.*
(2) *L.* 1. §. *ult. ff. hoc tit.*
(3) *L. Ne in plures* 2. *ff. hoc tit.*
(4) *L. Nec quicquam* 3. *ff. hoc tit.*
(5) *L. Si tamen* 4. §. *Sed si servus* 2. *ff. hoc tit.*
(6) *D. l.* 4. *in princ. ff. hoc tit.*

§. 665.

Diximus, magistro navis intelligi datum mandatum contrahendi de rebus, quae ad navis quaestum pertinent (§. 662.). Amplius hodiernis moribus concessum tradunt auctores: apud nos viget negotiatio nautica, ita ut magister possit, necessitate impellente, mutuam pecuniam accipere in usus navigationis, indeque navem obliget pignori navigaturam deinceps periculo mutuantis: immo et, deficiente mutui accipiendi facultate, distrahere funes, et alia instrumenta navis minus necessaria, ut alium navis apparatum magis idoneum comparet; atque demum, his etiam deficientibus, merces ipsas navigio vectas pro parte vendere, quarum aestimatio praestanda sit, perinde ac si navis levandae caussa urgente tempestate in mare jactae fuissent (1).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 3. *post alios.*

§. 666.

Magister navis vi officii sui potest, ut jam innuimus (§. 662.), res necessarias, vel utiles ad navigandum emere, reficiendae navis caussa impendere, atque pecuniam mutuam ad hoc accipere, nautis mercedem solvere (1): nisi forte exercitor magistrum ad unam dumtaxat, vel aliam rem navi praeposuerit (2). Quod si plures magistri sint conjunctim praepositi, ex unius contractu tenetur exercitor (3); nisi ab initio id constitutum sit, ne alter sine altero quidquam gerat (4).

(1) *L.* 1. §. *Non autem* 7., *et seqq. ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 1. §. *Igitur praepositio* 12.
(3) *D. l.* 1. §. *Si plures* 13. *ff. hoc tit.*
(4) *D. l.* 1. §. *Sed et si sic* 14. *ff. hoc tit.*

§. 667.

Si magister, quod navis caussa comparavit, deinde, mutato consilio, in suos usus converterit, aut perdiderit, exercitoris periculum non aliter esse censuit Ulpianus, praeterquam si expressum fuerit, ad navis caussam accipi (1). Apud suos tamen receptum

Inst. l. 4. tit. 7. ff. l. 14. tit. 1. Cod. l. 4. tit. 25.

tradit Voet, id unum requiri, ut quis sciens illum magistrum esse, ei, qua tali, bona fide crediderit in usus negotiationis, nulla supina ignorantia laborans (2): maxime quia Romanis placuit, exercitorem teneri, si in pretiis rerum emptarum magister fefellerit creditorem (3): nihil autem differt unus casus ab altero; atque in utroque imputandum potius exercitori, cur talem magistrum praeposuerit.

(1) *L.* 1. §. *Unde quaerit* 9., *l. ult. ff. hoc tit.*
(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 6. *in medio.*
(3) *L.* 1. §. *Sed et, si* 10. *ff. hoc tit.*

§. 668.

Delicti a magistro navis admissi non eadem ratio est odio exercitoris: atque interest, utrum deliquerit in ipso officio, an extra illud. Si in officio deliquerit, tenetur: veluti si data opera, vel culpa, aut imperitia, quae culpae adnumeratur in eo, qui artem profitetur (1), in navigium alienum impegerit suum, merces ad transvehendum datas corruperit, aut surripuerit (2): ex caeteris vero magistri delictis exercitor innoxius non tenetur, nisi quatenus locupletior forte factus fuerit (3).

(1) *L. Si quis domum* 9. §. *penult.*, *l. Si merces* 25. §. *Qui columnam* 7. *ff. locati* (19. 2.)
(2) §. *ult. instit. de obligat., quae quas. ex delic.* (4. 5.)
(3) *Argum. l. Dolus* 3., *junct. l. seq. ff. quand. ex fac. tutor.* (26. 9.)

§. 669.

Hinc tradit Paulus, navim fisco vindicari, si dominus navis, aut vectores illicite aliquod in navi imposuerint: quod si, absente domino, id a magistro, vel gubernatore, aut proreta, vel nauta factum sit, hos quidem puniri mercium amissione, navem vero domino restituendam esse (1). Unde nec exercitores teneri, si magister piraticam exercuerit, judicatum refert Grotius (2). Quo fundamento responsum, non teneri principes, aut respublicas ad reparationem damni, quod amicis, et foederatis intulerint cives, quibus concessum fuerit, ut mari praedam in hostes agant; sed tantum ad delinquentes puniendos (3).

(1) *L. Cotem* 11. §. *Dominus* 2. *ff. de Publican.* (39. 4.)
(2) *Voet. in ff. hoc tit. num.* 7. *in med.*
(3) *Voet d. num.* 7. *prop. fin.*

§. 670.

Creditoribus, qui cum magistro navis contraxerunt, non exercitoria tantum actio adversus dominum competit, sed et mandati, quod habere intelligitur magister (§. 662.): atque etiam possunt agere adversus magistrum (1): non tamen vicissim permittere placuit exercitori, ut agat adversus eos, qui cum magistro contraxerunt, nisi in subsidium, si forte nequeat a magistro consequi, quod sibi ex navis suae exercitio debitum est (2), prout traditur de institoria actione (3).

(1) §. *ult. instit. hoc tit.*
(2) *L.* 1. §. *Sed ex contrario* 18. *ff. hoc tit.*
(3) *L.* 1. *in fin.*, *et l. seq. ff. de institor. action.* (14. 3.)

§. 671.

Post exercitoriam actionem commodus est agendi locus de actione institoria. Verum, quia etiam scire praestat, quid de mercibus in mare projectis jus sit, pauca de his dicere opportunum duximus, prout in Pandectis factum est: quibus expositis, institoriae actionis indolem, vim, atque effectus explicabimus.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 14. tit. 2.

TITULUS XII.

Ad legem Rhodiam de jactu.

Instit. lib. 4. tit. 6. *De actionib.*
Digest. lib. 14. tit. 2. *Ad leg. Rhod. de jact.*

SUMMARIA.

Quae sit sententia legis a Rhodiensibus de jactu lata? §. 672.
Obligatio contribuendi pro mercibus jactis descendit ex lucro, quod sentiunt illi, quorum merces projectae non fuerunt. §. 673.
Quae sint de hac re sigillatim expendenda? §. 674.
Jactui quae aequiparentur, quod ad contributionem pertinet? §. 675.
Quid si armamenta navis dejiciantur, vel caedantur, communis periculi avertendi caussa? §. 676.
Mercedes datae locatoribus scapharum onerariarum per contributionem resarciendae sunt. Quid si navis consulto in litus impulsa fuerit? §. 677.
Damna casu mercibus aliquibus data resarcire non tenentur alii. §. 678.
Contributioni locus non fit, si, mercibus jactis, navis alio loco perierit, et simul cum ea merces omnes. §. 679.
Damnum jactu datum reparare tenentur omnes, quorum res hinc salvae factae sunt, nec non navis dominus. An et mercium jactarum domini? §. 680., *et* 681.
Coctributioni ex jactu subsunt res omnes, licet parvi ponderis; exceptis vestibus quotidianis, quibus induti sunt navigantes. Quid de rebus ad consumendum navigio impositis? §. 682., *et* 683.
An pecunia, sive jacta, sive salva sit, in contributionem veniat, et quatenus? §. 684., *et* 585.
Jactae res ex jure Romano aestimantur, quanti emptae fuerunt: salvae quanti vendi possunt in loco, ad quem destinatae, et delatae sunt. An haec aestimandi ratio hodie servetur? §. 686., *et* 687.
Pecunia, et merces pretiosiores arcis inclusae ex forma extrinseca arcae aestimantur, si jactae fuerint. §. 688.
Contributioni ob jactum locus non est, si merces servatae casu quocumque perierint. §. 689.
Quo juris remedio domini mercium jactarum contributionem obtinere possint? §. 690.
Quo tempore duret actio ad contributionem postulandam? §. 691.
An contributio fieri debeat propter incendium, cujus avertendi caussa quaedam aedes dejectae sint? §. 692., *et* 693.

§. 672.

Cum Rhodienses insulani peritia navigandi, et legum nauticarum aequitate olim praecelluerint, Romanis placuit inter eas probare potissimum legem, quae de jactu agit (1); qua cautum, *ut si, levandae navis gratia, jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur* (videlicet damnum), *quod pro omnibus datum est* (2); etenim, prout scite subjicit Paulus, *aequissimum est, commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent* (3).

(1) *L. Deprecatio* 9. *ff. hoc tit.*
(2) *L.* 1. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Si laborante* 2. *in fin. princ. ff. hoc tit.*

§. 673.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 14. tit. 2. Cum obligatio contribuendi descendat ex emolumento, quod percipiunt alii, quorum merces projectae non fuerunt, sponte sequitur, eam cessare, si aliae merces salvae factae non sint (1). Non tamen interest, utrum consentientibus, an invitis mercium dominis jactus factus sit, si modo sociorum nauticorum judicio jactus necessarius esset; tum quia nullibi distinguunt leges; tum quia legis ratio (§. praeced.) utrique casui aeque accommodatur; ut proinde idem jus statuendum sit (2).

(1) *D. l. Si, laborante 2. §. Portio autem 4. ff. hoc tit.*

(2) *L. Illud quaesitum 32. ff. ad leg. Aquil. (9. 2.)*

§. 674.

Sed, ut plene intelligantur, quae ad hanc rem pertinent, investigandum est. 1. Quid veniat jactus nomine, seu potius, quae jactui aequiparentur. 2. Qui contribuere teneantur. 3. Propter quas res contributio, seu collatio fiat. 4. Quomodo ea facienda sit. 5. Quo juris remedio obtineri possit. 6. Intra quod tempus contributio petenda. Postremo breviter expendemus, an jus de jactu mercium extendi debeat ad incendia aedium.

§. 675.

Imprimis jactui aequiparatur, idest damnum uni datum ab aliis pro parte reficiendum est, si occasione jactus aliae merces detectae, atque inde aspersione aquae corruptae fuerint (1): vel si exonerandae aquae gratia fiat apertura in navi, cujus occasione merces aqua aspergantur: vel si merces in scapham conjiciuntur, ut navis exonerata facilius ad portum appellat, et scapha pericrit (2).

(1) *L. Navis onustae 4. §. ult. ff. hoc tit.*

(2) *D. l. 4. in princip.*

§. 676.

Idem jus servandum traditur, si armamenta navis, puta anchorae, mali, antennae dejiciantur, vel caedantur communis periculi avertendi caussa (1), saltem si haec facta sint navigantium, aut sociorum navalium voluntate (2): non si navis violentia tempestatis damnum passa fuerit, tum instaurata onus pertulerit ad locum destinatum (3). Quid, si redimendae navis caussa quaedam merces piratis datae fuerint, juris sit, exponit jureconsultus (4).

(1) *L. Cum arbor 3., l. Amissae 5. §. 1. ff. hoc tit.*

(2) *L. Si, laborante 2. §. 1. ff. hoc tit.*

(3) *D. l. 5. in princip. cum duabus seqq. ff. hoc tit.*

(4) *D. l. 2. §. Si navis 3. ff. hoc tit.*

§. 677.

Rasarciendae quoque per contributionem mercedes datae locatoribus scapharum onerariarum, ut navis, periculi avertendi caussa, mercibus exoneraretur: nec non navis pretium, si haec consulto in litus impulsa fuerit, communi petitorum consilio, ut merces salvae fiant. Huc quoque referuntur tributa, seu vectigalia pro exportatione mercium praestanda; juxta locorum consuetudines, quae non ubique eaedem sunt; ideoque speciatim consulendae (1).

(1) *V. Voet in ff. hoc tit. num. 6., 7., et 8.*

§. 678.

Sed per contributionem non reficiuntur damna mercibus aspersione aquae, non jactus occasione, illata: puta navi per maris quassationem rimosa facta (1): vel si aliter sine culpa magistri, aut eorum, quorum opera utitur, corruptae sint merces (2): nec si navis vi tempestatis exarmata sit (3); aut merces a piratis, vel latronibus ereptae (4).

(1) *L. Navis onustae 4. §. ult., l. ult. §. 1. in fin. ff. hoc tit.*

(2) *Argum. l. Si, laborante 2. §. Servorum 5. ff. hoc tit.*

(3) *L. Amissae* 5., *et seq. ff. hoc tit.*
(4) *D. l.* 2. §. *Si navis* 3. *ff. hoc tit.*

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 14. tit. 2.

§. 679.

Neque etiam superest contributioni locus, si post mercium jactum navis alia loco perierit (1); non enim duplici damno gravari debent illi, qui merces post jactum cum navi amiserunt. Si tamen ex navi, quae periit, merces quaedam eductae sint, contributio ex his facienda est, saltem si appareat, navem sine jactu eo in loco perituram fuisse, ubi nihil educi potuisset (2); plane contributio minuitur, si ex mercibus jactis quaedam deinde serventur, vel per urinatores educantur (3). Cum autem navis post jactum periit, merces primitus jactae dominis suis plene cedunt sine contributionis onere, si forte educantur; quia merces, quae in nave perierunt, non perierunt pro jactarum conservatione (4).

(1) *L. Navis onustae* 4. *in princ. ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 4. §. 1. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Si, laborante* 2. §. *penult. ff. hoc tit.*
(4) *D. l.* 4. §. 1. *in fin. ff. hoc tit.*

§. 680.

Ad damni per jactum dati reparationem contribuere tenentur omnes, quorum res inde salvae factae sunt, atque ipse etiam navis dominus (1): immo et domini mercium jactarum eatenus conferunt, quatenus pro rata tanto minus accipiunt, quantum caeteri per contributionem praestant; ipsorum quoque interest jactas fuisse suas merces, quatenus jactae in sui pretio, quod ab aliis confertur, salvae sunt: atque hinc ad collationem teneri dicuntur illi, quorum merces ex caussa jactus aspersione aquae corruptae fuerunt (2), quibus sane damnum resarciendum est (§. 675.)

(1) *L. Si, laborante* 2. §. *Cum in eadem* 2. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l. Navis onustae* 4. §. *ult. ff. hoc tit.*

§. 681.

Si ergo fingamus, merces jactas centum valere, et merces, quae salvae hinc factae sunt, valere tercenta, mercium harum domini nonnisi septuaginta quinque conferre tenentur, atque ita proportio servatur inter omnes mercium dominos, tum projectarum, tum in navi retentarum; alioquin, si diceremus, centum ab his conferenda esse, melior esset conditio jacientis, quam aliorum; quod ab aequitate alienum est.

§. 682.

Propter res omnes, quae ex aliarum jactu salvae factae sunt, collatio praecipitur, sive magni ponderis sint, sive leves, puta annuli, gemmae, vestes (1); quia verum est, has quoque salvas factas fuisse ex jactu aliarum, ut proinde commune detrimentum esse debeat (2): quamquam usu a contributione exemptae sunt vestes quotidianae, quibus induti sunt navigantes (3); forte quia non videantur distingui a personis, quae collationi non subsunt (4), ut mox dicemus.

(1) *L. Si, laborante* 2. §. *Cum in eadem* 2. *in fin. ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 2. *in fin. princip.*
(3) *Voet in ff. hoc tit. num.* 14. *in princip.*
(4) *D. l.* 2. §. 2. *in med. ff. hoc tit.*

§. 683.

Ab onere collationis excipiuntur solae res ad consumendum navigio impositae; hac nimirum ratione, quod si quando haec deficerent in navigatione longiore fortassis tempore protracta, quam praesumeretur, in commune conferri deberent (1): adeoque velut communia omnium, non singulorum propria considerantur, atque servata in communem omnium navigantium utilitatem. Liberorum hominum navi vectorum nulla aestimatio est, adeoque nec fit contributioni locus (2): usu tamen receptum tradunt rei

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 14. tit. 2.

nauticae scriptores, ut sociorum nauticorum, qui in defensione navis adversus piratas, aut in removendis, periculi avertendi caussa, armamentis, sepultura, si perempti sint, communibus omnium, qui navis et mercium domini sunt, impensis fiat; mutilatis vero praestetur, boni viri arbitrio, aestimatio operarum quibus cariturі sunt (3).

(1) *D. l. Si, laborante* 2. §. *Cum in ead.* 2. *in fin. ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 2. §. 2. *in med.*

(3) *Voet in ff. hoc tit. num.* 5. *prop. fin.*

§. 684.

Gravis est quaestio, quatenus pecunia, sive jacta, sive salva in contributionem veniat. Pro bao quoque contribuendum esse, nulla solida ratione negari potest; quo enim fundamento pecuniam ab onere collationis eximemus, cum annuli, et gemmae ei subsint, ut modo diximus (§. 682.)? Sane et per jactum pecuniae res retentae salvae fiunt, et pecunia per aliarum jactum salva est: quare collatio in ea, et pro ea locum habere debet (d. §. 682.)

§. 685.

Difficultas est de modo aestimationis faciendae, cum pecunia, si strictam juris rationem inspiciamus, omnia quidem aestimet, non tamen aestimetur (1). Verum, quia externus pecuniae valor a voluntate principum pendet; nec ubique idem est, recte placuit, inspiciendum esse intrinsecum illius valorem, cum de contributione ob jactum agitur, idest ratione habita materiae aureae, argenteae vel aeneae, ex qua conflata est (2).

(1) *L. Si ita fidejussorem* 42. *ff. de fidejussorib.* (46. 1.)

(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 17.

§. 686.

Aestimandae sunt, uti jam innuimus (§. 681.), in contributione merces tum jactae tum in navi retentae: atque ex juris Romani praescripto jactae aestimantur, quanti emtae fuerunt, salvae, quanti vendi possunt in loco, ad quem destinatae, et delatae sunt, sive majore, sive minore ibi sint pretio (1); ita enim fit, ut domini mercium, quae jactae fuerunt, participes sint lucri, quod ex salvis acquiritur; atque compensationem habeant emolumenti, quod in rebus suis amiserunt. Quare perfecta servatur aequalitas, dum parem lucri, et damni partem habent, tum qui navis levandae, et communis periculi avertendi caussa merces suas projecerunt, tum qui suas conservarunt ex alienarum jactu.

(1) *L. Si, laborante* 2. §. *Portio autem* 4. *ff. hoc tit.*

§. 687.

Alia passim hodie recepta computandi, seu aestimandi ratio, quae tamen parum a juris Romani computatione distat: videlicet aestimantur res tum jactae, tum salvae, quanti vendi possunt in loco, ad quem salvae appulerunt; deducto naulo, tributis, caeterisque impensis adhuc praestandis pro mercibus, quae salvae factae sunt: superaddito navis servatae pretio, vel integro naulo (quod tamen regulariter non solvitur pro jactis mercibus, si jactae fuerint, antequam dimidia itineris pars absoluta sit), si forte plus sit in naulo debito, quam navis pretio; idque arbitrio eorum, quorum merces vectae fuerunt (1). Sed haec pendent a singularibus cujusque populi legibus, quas ideo, si casus contigerit, consulere oportet.

(1) *Grotius manuduction. ad jurisprud. Hollandiae lib.* 3. *cap.* 29. *num.* 14. *ad* 16.

§. 688.

Notandum tamen, nec pecuniae, nec mercium pretiosiorum, quae jactae sint, rationem haberi, nisi quatenus ex forma extrinseca arcae, aut cistae, in qua inclusae sunt, apparet; nec enim divinare potest magister navis, quae in his contineantur; aut projecturus fuisset res pretiosiores, cum minori damno periculum averti potuisset. Quare magister navis vel initio navigationis, vel antequam projiciantur, admonendus est. Sane,

si constet, merces pretiosas, licet vilibus inclusas arcis, salvas factas fuisse, contributionem pro rata valoris faciendam esse, suadet aequitas; atque ex dictis abunde constat. Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 14. tit. 2.

§. 689.

Caeterum contributioni locus non est, nisi merces prius ex aliarum jactu servatae ad destinatum locum perveniant: propterea si post jactum casu quocumque perierint, puta vinum effluxerit, servi mortui sint, nulla fieri potest aestimatio contributionis caussa (1); interitus superveniens demonstrat, jactum non profuisse, cessante autem emolumento, cessat contribuendi obligatio, quae illo nititur (2).

(1) *L. Si, laborante* 2. §. *Servorum* 5. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 2. *in fin. princip.*

§. 690.

Si quaeratur, quo juris remedio domini mercium jactarum indemnitatem, seu contributionem obtinere possint ab illis, quorum merces inde salvae factae sunt, respondemus, Romanis legibus nullam illis datam fuisse actionem adversus istos; sed agere debere adversus magistrum navis actione locati, conducti, vel in factum, seu praescriptis verbis, ut ipse ab his contributionem exigat, vel per mercium retentionem, vel modo commemoratis actionibus (1). Si tamen magister navis paratus sit mercium jactarum dominis merces suas cedere, audiendus est; tum quia cujusque ex vectoribus facultates executere non tenetur, nec ideo detrimentum pati debet, si aliqui minus idonei solvendo sint (2); tum quia ita vitantur circuitus inanes (3), immo noxii tum magistro, tum dominis mercium, quae per jactum perierunt, ob sumptus plurium actionum instituendarum.

(1) *L. Si, laborante* 2. *in princip. ff. hoc tit.*, *l.* 1. §. 1. *ff. de praescr. verb.* (19. 5.)

(2) *D. l.* 2. §. *Si quis ex vectoribus.* 6.

(3) *L. Dominus* 53. *ff. de condict. indebit.* (12. 6.)

§. 691.

Actio jactarum mercium dominis ad contributionem postulandum, si quaestio ex Romanarum legum praescripto dijudicetur, triginta annis, caeterarum personalium exemplo (1), durare debet. Verum ad vitanda incommoda, quae ex tanto temporis cursu facile orirentur, potissimum in aestimandis rebus, tum quae perierunt, tum quae salvae factae sunt, brevius apud plerasque gentes tempus praescriptum est, intra quod haec actio concludatur, veluti anni, biennii, vel triennii (2).

(1) *L. Sicut in rem* 3. *cod. de praescript. XXX., vel XL. annor.* (7. 39)

(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 11. *prop. fin.*

§. 692.

Quaerunt hac occasione interpretes, utrum dejectis aedibus, ne latius serpat ortum incendium, qui vicinas aedes habeut, teneantur dominis dejectarum ad contributionem, seu damni pro parte reparationem. Affirmant aliqui, ea moti ratione, quod ex dejectione aedium salvae factae sint aliae in vicinia positae; adeoque commune omnium debeat esse detrimentum pro dejectis (1).

(1) *Argum. l. Si, laborante* 2. *in fin. princip. ff. hoc tit.*

§. 693.

Alii congruentius negant, non tantum, quia deficit lex, sed potissimum, quia deest legis ratio; etenim, cum navis levandae caussa merces aliquae in mare jaciuntur, aequale omnibus periculum imminet: proinde aequum non est, ut unus potius, quam alter per jactum merces suas amittat: atque inde consultum est, ut damnum mercium jactarum ex parte sarciant alii, qui suas inde salvas habent (1): aliud est de incendio; quippe domus, quae dejicitur, incendio aeque destrueretur; adeoque damnum non patitur, ut aliae serventur: praeterquamquod vicinas aedes habentibus aequale non imminet periculum, sed gravius vicinioribus, quam longius dissitis. Facilius consulendum

Inst. l. 4. tit. 7. ff. l. 14. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 25.

domino dirutarum aedium, si ignis ad eas nondum pervenerit, atque dejiciantur, ne et aliae in vicinia positae incendio absumantur (2).

(1) *L. 1., l. 2. in fin. princip. ff. hoc tit.*
(2) *L. Si alius 7. §. Est et alia 4. ff. quod. vi, aut clam* (43. 24.)

TITULUS XIII.

De institoria actione.

Instit. lib. 4. tit. 7. *Quod cum eo, qui in alien. potest. est etc.*
Digest. lib. 14. tit. 3. *De institor. action.*
Cod. lib. 4. tit. 25. *De instit., et exercit. action.*

SUMMARIA.

Institor dicitur, qui negotio cuicumque praeficitur. §. 694.
Quae sint de institoria actione explicanda? §. 695.
Institorem praeponere possunt etiam administratores alienarum rerum, atque praeponi utriusque sexus personae, etiam pupilli. §. 696.
Institoria actio competit adversus praeponentem ex contractu institoris. Quid si pupillus institorem elegerit? §. 697., *et* 698.
Utrum possit in solidum agi adversus plures ejusdem institoris praeponentes? An praeponens liberetur, cedendo quidquid institoris fidei credidit? §. 699., *et* 700.
Institoris contractus, nec non delicta aliquando praestat dominus. §. 701.
An istitor vendere possit, fide de pretio habita, et an ita vendens dominia rerum transferat? §. 702., *et* 703.
Institoria actione petitur implemementum contractus ab institore intra mandati fines initi de rebus, quibus praepositus fuit. §. 704.
Institor an recte contrahat post mortem praeponentis? §. 705.
Institoria contrahenti actio denegatur, si praeponens mandatum publice revocaverit. §. 706.
Institor ipse durante officio conveniri potest. §. 707.
Praeponens directo agere potest adversus eos, qui cum institore contraxerunt. §. 708.
Actio directa praeponenti competit adversus institorem, contraria huic adversus praeponentem. Quo utraque tendat? §. 709.

§. 694.

Institor inde appellatus, prout tradit Ulpianus, quod negotio gerendo instet (1), seu praepositus sit, est quisquis cuicumque negotio praeficitur (2), sive in taberna exerceatur, sive alibi (3); nec enim, scite Paulus, mutat caussam actionis locus vendendi (4). Quare institoris loco habentur, qui pecuniis foenerandis, agris colendis (5), pecuniis accipiendis (6), rebus cujuscumque generis vendendis praeponuntur (7), puta vestibus, et rebus linteariis circumferendis, vulgo circitores dicti (8): nec non muliones (9), et his similes (10).

(1) *L. Institor 3. ff. hoc tit.*
(2) *L. Cuicumque 5. ff. hoc tit.*
(3) *D. l. 3. ff. hoc tit.*
(4) *L. Cum interdum 4. ff. hoc tit.*
(5) *D. l. 5. §. Labeo quoque 2., l. Si, cum villico 16. ff. hoc tit.*
(6) *L. penult. ff. hoc tit.*

(7) *D. l.* 5. §. *Sed etiam* 4., *l. Institor est* 18. *ff. hoc tit.*
(8) *D. l.* 5. §. 4. *ff. hoc tit.*
(9) *D. l.* 5. §. *Sed et muliones* 5.
(10) *De quibus mentio fit in d. l.* 5. §. 6., *et seqq.*

Inst. l. 4. tit. 7. ff. l. 14. tit. 3 Cod. l 4. tit. 23.

§. 695.

De actione institoria expendendum 1. Qui possint institorem praeponere, et quos praeponere liceat. 2. Adversus quos actio institoria exerceatur. 3. Ex quibus institoris factis praeponens obligetur. 4. Quid per institoriam actionem petatur. 5. Quibus casibus cesset. 6. Inquiremus, an institor ipse conveniri possit. Postremo pauca dicemus de actionibus praeponenti adversus institorem, et vicissim institori adversus praeponentem competentibus.

§. 696.

Non tantum dominus, sed et procurator, cui bonorum administratio credita sit, tutores, curatores institorem praeponere possunt (1): in dominis vero praeponentibus nihil interest, an masculi sint, an foeminae (2); sicut et praeponi possunt utriusque sexus personae, filii, et patresfamilias, servi tum proprii, tum alieni, aetate majores, et pupilli (3): sibi imputet praeponens, cur talem institorem elegerit, prout de exercitore diximus (§. 661.)

(1) *L. Cuicumque* 5. §. *ult. ff. hoc tit.*
(2) *L. Sed et si* 7. §. 1. *ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 7. §. 1., *et l. seq. ff. hoc titul.*

§. 697.

Cum institor aeque ac navis magister (§. 662.), censeatur habere mandatum a dominis gerendi ea, quae pertinent ad negotium, cui praepositus est, atque ideo contrahentes domini potius praeponentis, quam praepositi institoris fidem sequantur, aequum est, actionem ex contractu institoris, quae institoria dicitur, dari adversus praeponentem, qui et lucrum sentit ex actu institoris (1); quicumque demum is sit, qui praeposuit (2): nisi forte aetatis imbecillitas praeponenti subveniendum suadeat.

(1) *L.* 1. *in princ. ff. hoc tit.*
(2) *D. l. Sed et si* 7. §. 1. *ff. hoc titul.*

§. 698.

Si ergo pupillus institorem praeposuerit, tutore auctoritatem praestante, omnino obligatur (1); deficiente autem tutoris auctoritate non tenetur ultra id, quo locupletior factus est (2): si tamen pupillus successerit domino, qui mandatum institori dederat, aequissimum videtur Ulpiano, pupillum teneri, quamdiu praepositus manet; quia removendus fuisset a tutoribus (3), qui sane erga pupillum adstricti erunt, si removere perperam neglexerint, vel distulerint. Minori, qui institorem praeposuerit, laeso succurritur per in integrum restitutionem (4).

(1) *L. Verum, si ipse* 9. *ff. hoc titul.*
(2) *D. l.* 9., *junct. l. sequ. ff. hoc titul.*
(3) *L. Sed si pupillus* 11. *ff. hoc tit.*
(4) *D. l.* 11. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 699.

Adversus plures ejusdem institoris praeponentes ex Ulpiano in solidum agi potest; ita tamen, ut judicio societatis, vel communi dividundo partem a caeteris repetat, qui solidum solvit (1). Excipit Paulus casum, quo cesset judicium societatis, vel communi dividundo, puta si is, cujus servo institori mutua pecunia credita est, duobus haeredibus institutis, servo illi libertatem dederit; cum enim haeredum quilibet pro haereditaria dumtaxat parte onera sustineat, quippequae ipso jure dividuntur (2): adeoque cohaeres nec familiae erciscundae, nec communi dividundo actione partem a cohaerede repetere possit, in solidum conveniri non decet (3).

Inst. l. 4. tit. 7. ff. l. 14. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 25.

(1) *L. Habebat quis* 13. §. *ult., et l. seq. ff. hoc tit.*
(2) *L. Pro haereditariis* 2. §. *et pass. cod. de haereditar. actionib.* (4. 16.)
(3) *D. l. Idem erit* 14. *ff. hoc tit.*

§. 700.

Quidam tamen interpretes sentiunt, hodiernis moribus, plures ejusdem institoris praeponentes non nisi pro parte teneri, sicut et plures exercitores ex facto magistri navis (1): neque desunt, qui adjiciunt, posse praeponentes liberari ab obligatione ex facto institoris contracta, cedendo, quidquid institoris fidei commiserunt, non secus ac exercitores cedendo jus, quod in navi habent, si ex facto magistri conveniantur (2). Verum, nisi consuetudine legitime inducta, et probata ita receptum constet, sententia haec probari non debet, utpote contraria tum juri Romano, tum commerciorum utilitati, et publicae fidei: vix enim est, qui cum magistro, vel institore contrahere velit, si exercitor, vel praeponens, cujus fidem contrahendo sequitur (§. 796.), possit se ab obligatione hoc modo subducere.

(1) *Grot. manuduc. ad jurisprud. Holland. lib.* 3. *cap.* 1. *num.* 39., *Anton. Matthaeus de auctionib. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 8.
(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 1. *in fine.*

§. 701.

Praeponens tenetur non tantum ex contractibus institoris, sed aliquando etiam ex delictis. Imprimis institor ad vendendas merces praepositus earum dominium in emptorem transfert, et pretium ei recte solvitur, ita ut emptor liberetur, licet institor acceptam pecuniam male absumserit. An vero dominium in emptorem bonae fidei transeat, si institor, prohibente domino, quasdam res alienaverit, quidam affirmant, eo fundamento, quod mobilia bona non habeant sequelam (1). Negant alii, contraria ratione, nimirum existimantes mobilia a tertiis possessoribus auferri posse, et per dominum vindicari, prout alibi diximus (2); sane domino rei potius in dubio favendnm, quam emptori rei alienae, regressum habituro adversus venditorem. Exceptio admittenda esset, si emptor rei mobilis, in bona fide constitutus, eandem rursus distraxisset.

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. num.* 4. *fer. in princip.*
(2) *V. Tom. IX.* §. 1715. *pag.* 432.

§. 702.

Institor non praesenti tantum pecunia, sed et fide habita de pretio vendere posse, nisi aliud mandatum sit, satis aperte innuit Ulpianus (1); mandatum porro intelligere debemus sive expressum, sive tacitum; quod posterius ex regionis consuetudine, rerum venditarum qualitate, et pretio colligi potest; difficilius enim futura pecunia traduntur res egregii valoris; potissimum favore personarum, quarum fides, et solvendi facultas non omnino certa sit.

(1) *L. Cuicumque* 5. §. *Item, si institor* 15. *ff. hoc tit.*

§. 703.

Difficultas est, an rerum dominia transferat institor, qui mandatum habebat non vendendi, nisi praesenti pecunia, si res, fide de pretio habita, distraxerit, et tradiderit. Sunt, qui affirmant; quia sibi imputare debeat praeponens, cur talem institorem elegerit (1). Negant alii; quia nulla sit alienae rei venditio, invito domino facta (2). Demum alii putant, inspiciendam esse rerum venditarum qualitatem, emptoris conditionem, et praesertim regionis consuetudinem; cum ex hac maxime pendeat, an imputari possit praeponenti, cur minus fidelem institorem elegerit; aut emptori, cur fidem de pretio sibi haberi postulaverit ab eo, quem sciebat rei dominum non esse, et dubitare poterat, an tale mandatum haberet (3).

(1) *Argum. l.* 1. §. *Unde quaerit* 9. *ff. de exercitor. action.* (14. 1.)
(2) *L.* 1., *et pass. cod. de reb. alien. non alienand.* (4. 51.)
(3) *Argum. l. Semper in stipulationibus* 34. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 704.

Inst. l. 4. tit. 7. ff. l. 14. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 25.

Institoria actione petitur, ut impleatur, quod contractu ab institore celebrato comprehensum est, dummodo institor contraxerit de illis rebus, quibus praepositus fuit, nec mandati fines praetergressus sit (1). Hinc, prosequitur Ulpianus, si institorem praeposuero ad mercium distractionem, tenebor ex empto actione: si ad emendum, tenebor ex vendito; non tamen tenebor, si eum praeposuero ad emendum, et ille vendiderit, vel ad vendendum, et ipse emerit (2): institoria quoque tenetur praeponens pro pecunia mutuo data institori ad merces emendas praeposito, nisi prohibitus fuerit mutuari (3): atque praeponens erga fidejussorem quoque institoris obligatus est, cum fidejussio sit accessoria principalis obligatio (4).

(1) *L. Cuicumque* 5. §. *Non tamen* 11., *l. Sed si pupillus* 11. §. *Conditio autem* 5. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 5. §. *Proinde* 12. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 5. §. *Sed si pecuniam* 13.

(4) *D. l.* 5. §. *Item fidejussori* 16. *ff. hoc tit.*

§. 705.

Sed quid, si praeponens decesserit, atque institor post ejus mortem contraxerit? Si mortem ignoraverit contrahens, non dubium, quominus haeredes institoria actione conveniri possint (1). Sed et idem, singulari utique jure, propter utilitatem commerciorum, seu promiscui usus, receptum videtur, licet tum institor, tum contrahens perspectam habuerint praeponentis mortem (2); ita ut haeres ex contractu institoris teneatur, quamdiu illum non revocaverit, prout debebat, si ejus opera uti noluisset (3): quod tamen singulare jus non placuit extendere ad eum, qui calendario praepositus est (4); cum non eadem sit utilitas promiscui usus; licet lato sensu institor appellari possit (5).

(1) *L. Cuicumque* 5. §. *penult. ff. hoc tit.*

(2) *L. Pupillus* 11. *in princip.*, *l. Si quis mancipiis* 17. §. 2., *et* 3. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 11. *in princ.*

(4) *L. penult. ff. de rebus credit.* (12. 1.)

(5) *L. Cuicumque* 5. §. *Labeo* 2., *et seq. ff. hoc tit.*

§. 706.

Denegatur, ut modo innuimus (§. praeced.), institoria contrahenti actio, si praeponens mandatum revocaverit, dummodo publice, et palam constet de mandati revocatione (1): quod si, revocatione non obstante, institor contraxerit, atque praeponens ex eo contractu locupletior factus sit, eatenus teneri praeponentem decet (2), ne cum alterius dispendio lucretur (3).

(1) *L. Sed, si pupillus* 11. §. *De quo palam* 2., 3, *et* 4. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si quis mancipiis* 17. §. *Proculus* 4. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indeb.* (12. 6.)

§. 707.

Dubium est, an institor ipse a contrahente, durante officio, conveniri possit, nec ne. Negant aliqui, nisi contrahens ignoraverit, institorem alieno nomine agere; vel institor nominatim se obstrinxerit, aut non constet, hunc institorem esse (1). Alii affirmant, utique durante officio, non eo finito (2), institorem conveniri posse, prout traditur de magistro navis (3), cui similis est institor: atque suadere videtur aequitas, ne contrahens adversus alium agere cogatur ad contractus implementum, quam cum quo contraxit. Neque nocet aliud servari in tutoribus, et curatoribus; hi quippe ex necessitate officium suscipiunt; sponte vero institores.

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 6. *in fin.*

(2) *L. ult. ff. hoc tit.*

(3) *L.* 1. §. *Est autem* 17. *ff. de exercitor. act.* (14. 1.)

§. 708.

Inst. l. 4. tit. 7. ff. l. 14. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 26.

Quemadmodum praeponens ex facto institoris tenetur erga contrahentes, ita aequum est, contrahentes cum institore ab eo, qui praeposuit, conveniri posse; quamquam Romanis placuit, non aliter actionem praeponenti adversus contrahentes dare, quam si ab institore suum consequi non possit (1). Verum, cum Romani ipsi prudentes actionem domino per procuratorem quaeri in pluribus casibus senserint (2), non secus ac dominium (3), idcirco usu fori inductum, ut praeponens directo agere possit adversus eos, qui cum institore contraxerunt, dummodo constet, puta, res mandato praeponentis emptas fuisse, quemadmodum constare intelligitur, si institor contractum retulerit in rationum librum (4).

(1) *L.* 1. *junct. l. seq. ff. hoc tit.*

(2) *L. Julianus* 13. §. *Si procurator* 25. *ff. de actionib. empti* (19. 1.)

(3) *L. Si procurator* 13. *ff. de acquirend. rer. domin.* (41. 1.), §. *penult. instit. per quas person. cuiq. acquirit.* (2. 9.)

(4) *Voet in ff. hoc tit. num.* 7.

§. 709.

Vix monendum, mutuas nasci obligationes inter praeponentem, et institorem; atque directam quandam mandati exemplo (1) actionem competere praeponenti adversus institorem, ut rationes administrationis reddat, quae apud ipsum ex administratione supersunt, restituat: damnum, quod dolo, vel culpa levi forte intulerit, reficiat: non tamen tenetur de culpa levissima, licet id in mandato singulari ratione receptum concederetur, prout quidam sentiunt, quorum tamen opinionem refellimus (2); non enim, sicut mandatum, institoris officium ex amicitia suscipi solet, sed ob lucrum, seu mercedem. Vicissim institor contraria mandati actione repetit impensas in praeponentis utilitatem factas: pro quibus etiam retentionis jure uti posse, retinendo nimirum, vel rerum venditarum pretia, vel merces apud se adhuc existentes, dummodo tantum sibi deberi constet, plerique sentiunt (3), exemplo tutoris actione tutelae conventi (4).

(1) *De quo diximus supra* §. 26., *et seqq.*

(2) *V. supra* §. 33. *ad* 36.

(3) *Voet in ff. hoc tit. num. ult.*

(4) *L.* 1. §. *Praeterea* 4. *ff. de contrar. tutel, et util. action.* (27. 4.)

TITULUS XIV.

De actione tributoria, quod jussu, de peculio, et de in rem verso.

Instit. lib. 4. tit. 7. *Quod cum eo, qui in alien. potest. est, gestum esse dicat.*

Digest. lib. 14. tit. 4., et 5., tum lib. 15. tit. 1., 2., 3., et 4.

Cod. lib. 4. tit. 26. *Quod cum eo, qui in alien. potest est, negot. gest. esse dicet., vel de pecul., sive quod jussu, aut de in rem verso.*

SUMMARIA.

Tributoria actio competit illis, qui contraxerunt cum servo, vel filiofamilias in re, vel merce peculiari, sciente, et consentiente patre, vel domino. Quid si alteruter contrahat in re paterna, vel dominica? §. 710., *et* 711.

Eadem hic est patris, aut domini conditio cum caeteris creditoribus, cum filius, vel servus de re peculiari contrahunt. §. 712., *et* 713.

Quid si filiusfamilias diversas negotiationes exercuerit, vel unam, sed diversis in locis? §. 714. Inst. l. 4. tit. 7.

Mercator, qui in diversis locis diversas tabernas per se exerceat, conveniri potest a singulis creditoribus pro mercibus ubicumque existentibus. §. 715., et 716. ff. l. 14. tit. 6. Cod. l. 4. tit. 26.

Creditores, qui in unam tabernam crediderunt, nullo praelationis jure gaudent in mercibus hujus tabernae. §. 717., et 718.

Quid si mercator diversas exerceat negotiationes per institores, vel ejusdem negotiationis plures tabernas diversis in locis? §. 719.

Filiusfamilias contrahens extra mercem peculiarem patrem obligat peculio tenus. §. 720.

Quid si filius patris nomine contraxerit? §. 721.

Filiusfamilias suo nomine contrahens vivo patre condemnari potest, sed sententia plerumque executionem non habet, nisi mortuo patre. §. 722.

An filiusfamilias in solidum teneatur ex contractibus vivo patre celebratis suo nomine? §. 723., et 724.

Filio novam familiam instituenti succurrendum est, ne condemnetur ultra id, quod facere potest, si in parte modica institutus fuerit. §. 725.

An aes alienum, quod filius sui juris factus contraxit, prius deduci debeat? §. 726.

Quibus casibus beneficium competentiae denegetur filio? §. 727.

Actio quod jussu competit contra patrem, quo jubente filius contraxit. §. 728.

Actio de peculio quo fundamento inducta sit? Quae e peculio prius deduci debeant? §. 729., et 730.

Peculio extincto, actio de peculio non competit ultra annum utilem. Ubi de peculio fusius actum sit? §. 731., et 732.

Actio de in rem verso quibus casibus adversus patrem detur? §. 733.

Versum in rem patris requiritur, ut pater teneatur; nec sufficit creditum. §. 734.

Pater de in rem verso tenetur, licet utilitas versionis non duret. Quid si pecuniam filio statim restituerit? §. 735.

Quid si filius mutuatus sit pecuniam ad vestem comparandam, tum emerit, nec tamen solverit? §. 736.

Versum in necessariam caussam patris favorabilius est caussa utili. §. 737., et 738.

Quid si caussa voluptuaria sit? §. 739.

Actio de in rem verso cessat, si pater actione de peculio conventus satisfecerit. § 740.

Actio de peculio commodior est, quam actio de in rem verso. §. 741.

An pater filio laesae majestatis accusato subministrare debeat sumptus litis, et alimenta? An e captivitate redimere, vel e carceribus? §. 742., et 743.

An filio ingrato ex caussa, propter quam exhaeredari possit, alimenta debeat pater? §. 744.

Cur de noxalibus actionibus non disseramus? §. 745.

§. 710.

Explicandas simul in hoc titulo suscipimus diversas actionum species, diversis quidem titulis in Pandectis, sed uno tantum in Codice, atque Institutionibus expositas; et merito, cum omnes pertineant ad contractus gestos a servis, vel filiisfamilias; atque quaeratur, an, et quatenus domini, vel patres inde obligentur. Actio tributoria, ut ab ea exordiamur, est actio competens illis, qui contraxerunt cum servo, vel filiofamilias in re, vel merce peculiari, seu ad peculium profectitium spectante, sciente, et consentiente patre, vel domino (1): consentire autem praesumitur pater, vel dominus, ex quo scit, nec contradicit (2).

(1) *Princ.*, *et* §. 2. *ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1. §. *Scientiam* 3. *ff. hoc tit.*

Inst. l. 4. tit. 7. ff. l. 14. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 26.

§. 711.

Tributoria actio locum habet, cum servus, vel filiusfamilias negotiatur in merce peculiari, consentiente domino, vel patre (§. praeced.): si alteruter negotietur in re dominica, vel paterna, locus fit actioni institoriae (1); si in merce quidem peculiari, sed ignorante patre, vel domino, actione de peculio experiendum est (2): quod si jussus intercesserit, tunc pinguior contrahentibus actio *quod jussu* competit (3).

(1) *L. Sed si pupillus* 11. §. *penul. ff. de instit. action.* (14. 3.)
(2) *L. Licet tamen* 3. §. *Pedius* 3. *ff. de pecul.* (15. 1.)
(3) *L.* 1. *in princip. ff. quod jussu* (15. 4.)

§. 712.

Competit haec actio, uti jam innuimus (§. 710.) illis, qui contraxerunt cum servo, vel filiofamilias adversus patrem, vel dominum (1), et alterutrius haeredes (2), aliosve successores (3), ut pater, vel dominus, si quid ei debeatur, aequalem faciat pro rata inter se, et caeteros creditores distributionem mercis peculiaris, vel pretii inde redacti (4): cum patris, aut domini par, ac caeterorum creditorum in hac re conditio sit (5): quin intersit, utrum mercis nomine, an ex alia quacumque caussa patri, aut domino debeatur; nec utrum ante, an post negotiationem creditores sint (6).

(1) *L. Procuratoris* 5. §. *In tributum* 6. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Illud quoque* 7. §. *ult.*, et *l. seq. ff. hoc tit.*
(3) *L. Quod in haerede* 9. *ff. hoc titul.*
(4) *D. l.* 5. §. 6. *ff. hoc tit.*, §. *Introduxit* 3. *instit. hoc tit.*
(5) *L.* 1. *in princip. ff. hoc tit.*
(6) *D. l.* 5. §. *Sed est quaesitum* 7. *ff. hoc tit.*

§. 713.

In hac actione aequalis est omnium caussa, sive simul, sive diversis temporibus agant (1); ita ut, nonnisi satisdatione restituendi praestita, aliqui ex creditoribus consequantur portionem suam (2): nisi forte creditores quidam personali privilegio, vel reali, seu hypothecaria gaudeant (3), vel rem suam vendiderint servo, aut filiofamilias, fide de pretio non habita (4). Quod si inaequalis distributio facta sit, illius iniquitas emendari debet (5).

(1) *L. Non enim* 6. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Procuratoris* 5. §. *ult. ff. hoc titul.*
(3) *D. l.* 5. §. *Quid tamen* 8., et §. *Plane* 17.
(4) *D. l.* 5. §. *Sed si dedi* 18. *ff. hoc tit. V. supra* §. 415.
(5) *L. Praeterea* 4. *instit. hoc tit.*

§. 714.

Si filiusfamilias (idem est de servo) diversas negotiationes exercuerit, puta sagariam, et linteariam, vel etiam unam negotiationem, sed diversis in locis, censuit Ulpianus, creditores, qui unam negotiationem, vel tabernam crediderunt, separatim cum patre in tributum vocandos esse duplici ratione, tum quia merci magis, quam personae crediderint (1); tum quia non patiatur aequitas, ut alii ex alterius re, vel merce idemnes fiant, alii damnum sentiant (2).

(1) *D. l. Procuratoris* 5. §. *Si plures* 15. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 5. §. *Sed si duas* 16.

§. 715.

Certant hoc loco interpretes, utrum, quod modo diximus de filiofamilias in diversis locis diversas tabernas exercente conveniant mercatoribus, qui in pluribus locis tabernas negotiationis separatas habeant. Sunt, qui negant: alii, atque, ut videtur, congruentius distinguunt, an mercatores per se, an institorum ministerio tabernas exerceant: ita ut in primo casu creditores omnes possint ex universo mercatoris patrimonio solu-

tionem petere, licet unius tantum tabernae occasione, vel caussa contraxerint, saltem in subsidium: non vero in secundo (1). Inst. l. 4. tit. 7. ff. l. 14. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 26.

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. num.* 7.

§. 716.

Si ergo mercator per se exerceat diversas tabernas etiam in diversis locis, vel institorum opera utatur tantummodo ad vendendum, aliaque ministeria, sed merces ipse comparet, et contrahat, creditores agere possunt in res positas extra tabernam, in quam crediderunt (1); quia, licet ad merces unius tabernae cotrahendo potissimum respexerint, ipsum tamen mercatorem devinctum habent (2), atque universum ejus patrimonium; cum aes alienum, quod quisque contrahit, universum debitoris patrimonium minuat, non certi tantum loci facultates (3).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 7. *in medio.*

(2) *Argum. l. ult.* §. 1. *ff. de contrahend. emption.* (18. 1.)

(3) *L. Si fideicommissum* 50. §. 1. *ff. de judic.* (5. 1.)

§. 717.

Difficilior est solutu quaestio, utrum praelatio quaedam competat illis, qui in unam tabernam crediderunt, ita ut, nonnisi his dimissis, reliquis creditoribus, qui in aliam tabernam, vel simpliciter crediderunt, satisfaciendum sit; an aequalis omnium sit conditio. Verum, etsi aequitas favere videatur unius tabernae creditoribus (1), quia tamen nullum singularis hujusce privilegii vestigium in jure est; immo argumenta modo allata (§. praec.) illud excludunt, nisi statuto, vel legitima consuetudine inductum appareat, aequalis omnium creditorum conditio habenda est.

(1) *D. l. Procuratoris* 5. §. *Sed si duas* 16. *ff. hoc tit.*

§. 718.

Neque aliud probat jus constitutum pro creditoribus contrahentibus cum servo, vel filiofamilias diversas tabernas exercente (1); cum enim servi ex propria persona civiliter obligari non possint, creditores merci magis, quam servo negotianti credidisse censentur: filiifamilias utique ex contractibus obligantur; sed, cum jure vetere extra peculium castrense, vel quasi castrense nil proprii haberent, vix praesumi possunt contrahentes respexisse ad personam sine effectu obligatam; inanis ex trito axiomate est actio, quam debitoris inopia excludit (2): ut praeteream, Ulpianum de servo dumtaxat loqui, non de filiofamilias (3).

(1) *D. l. Procuratoris* 5. §. *Sed si duas* 16. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Nam is nullam* 6. *ff. de dol. mal.* (4. 3.)

(3) *In d. l.* 5. §. 16. *ff. hoc tit.*

§. 719.

Quod si idem mercator diversas negotiationes, vel ejusdem negotiationis plures tabernas diversis in locis per institores exerceat, admitti facilius, potest idem jus, ac in servis, vel filiisfamilias (§. 714.); ita ut creditores, qui pro una negotiatione, vel una taberna contraxerunt, in res alterius negotiationis, vel alterius tabernae agere nequeant (1); quia, licet tabernae a liberis hominibus, nec praeponentis potestati subjectis exerceantur, viget eadem juris ratio, nimirum unumquemque ex creditoribus magis merci, quam institori credidisse (2); nec aequum esse, ut ex alterius re, vel merce alii indemnes fiant, alii damnum sentiant (3): atque sententia haec maxime recipi debet in locis, in quibus obtinet, ut praeponentes liberari possint, cedendo creditoribus totam tabernam, quam institoris fidei commiserunt; ne alioquin in infinitum obligentur ex facto alieno, qui nonnisi pro certis rebus elegerunt, ac probarunt institorum fidem (4).

(1) *Voet in ff. hoc tit. d. num.* 7. *in princip.*

(2) *D. l. Procuratoris* 5. §. *Si plures* 15. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 5. §. *Sed si duas* 16.
(4) *Voet in ff. hoc tit. d. num.* 7. *fer. in med.*

§. 720.

Inst. l. 4. tit. 7. ff. l. 14. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 26.

Hactenus exposita pertinent ad tributoriam actionem: sequitur disputatio de contractibus a filiofamilias celebratis extra mercis peculiaris caussam. Si ergo filiusfamilias contrahat, atque peculium habeat, patrem peculio tenus obligat, et se ipsum quoque; *Filiusfamilias ex omnibus caussis*, ait Gajus, *tamquam paterfamilias obligatur, et ob id agi cum eo, tamquam cum patrefamilias, potest* (1). Unde is, qui contrahit cum filiofamilias, peculium profectitium habente, duos intelligitur habere debitores; patrem peculio tenus, filium vero in solidum (2); nisi aequitas aliud favore filii suadeat (3), prout mox explicabimus.

(1) *L. Filiusfamilias* 39. *ff. de obligat., et actionib.* (44. 7.)
(2) *L. Si quis cum filiofamilias* 44. *ff. de pecul.* (15. 1.).
(3) *L. Ait praetor* 2. *princ.*, *et* §. 1. *ff. quod cum eo etc.* (14. 5.)

§. 721.

Sed quod dicimus, filiumfamilias contrahentem obligari, tunc tantum verum est, cum filius suo nomine contrahit (1); si enim patris solius nomine contractum gerat, nec eo defuncto conveniri potest, dummodo a paterna haereditate abstinuerit (2). Cum autem suo nomine contrahit, nihil interest, an sponte contraxerit, an jubente patre (3): atque sui juris factus executionem pati cogitur, sive ex contractu, sive ex quasi contractu, puta administratione tutelae, obligatus sit (4).

(1) *L. Si ex contractu* 4. *cod. hoc tit.*
(2) *D. l.* 4. *cod. hoc tit.*, *l. Ait praetor* 2. *in princip. ff. quod cum eo etc.* (14. 5.)
(3) *D. l.* 2, *l. Pater* 7. *ff. eod. tit.*
(4) *L. Tutorem* 37. §. *ult. ff. de administrat., et peric. tutor.* (26. 7.)

§. 722.

Cum filiusfamilias suo nomine contraxit, non tantum mortuo patre, sed eo adhuc vivo condemnari potest (1): sed executionem plerumque non habet condemnationis sententia, nisi parte defuncto; praeterquamsi filius castrensia, vel quasi castrensia bona habeat, in quibus tamquam paterfamilias consideratur (2), vel adventitium peculium irregulare, seu cujus proprietas, et ususfructus ad filium pertinet, de quo libere, quocumque voluerit modo, inter vivos disponit (3).

(1) *L. Si filiusfamilias* 5. *ff. quod cum eo etc.* (14. 5.)
(2) *L.* 1. §. *ult.*, *et l. seq. ff. de S. C. Macedon.* (14. 6.), *l. ultim. cod. eod. tit.* (4. 28.)
(3) *Novell.* 117. *cap.* 1. §. 1.

§. 723.

Mortuo autem patre, executionem sententiae, qua ad solvendum condemnatus sit, sive vivo, sive mortuo parente (1), pati tenetur in bonis suis, ex contractibus gestis eo tempore, quo patriae potestati subjectus erat, cum plene rerum suarum dominus sit; in solidum quidem, si patris haereditatem quocumque successionis titulo consecutus fuerit (2): sed nonnisi in quantum facere potest, deducto ne egeat, si patri haeres non sit (3); vel haereditatem sine lucro habeat, puta quia in fideicommissarii utilitatem adierit (4). Idem porro statutum de eo casu, quo filii per emancipationem, aliove modo paterna potestate soluti sint; cum nec viventis patris ulla haereditas sit (5).

(1) *L. Si filiusfamilias* 5. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 5. §. 1. *ff. hoc tit.*, *V. Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 19. *def.* 1., *ubi refert, filium, qui cum beneficio inventarii adierat haereditatem, pendente discussionis instantia, provisionaliter creditori, cum quo contraxerat, condemnatum fuisse, praestita tamen per creditorem satisdatione restituendi, si deinceps ita judicari contigisset.*

Inst. l. 4. tit. 7. ff. l. 14. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 26.

(3) *L. Ait praetor* 2. *ff. quod cum eo etc.* (14. 5.), *l. Et exhaeredatum* 49. *ff. de re judicat.* (42. 1.)
(4) *D. l.* 5. *§. ult. ff. hoc tit.*
(5) *D. l.* 2. *princip.*, *et* §. 1. *ff. quod cum eo etc.* (14. 5.)

§. 724.

Ratio autem, cur filii ex contractibus etiam proprio nomine celebratis non ultra conveniri possint, quam deducto ne egeant, si patris haereditatem cum effectu consecuti non sint, haec passim reddi solet, quod succurrendum sit filio novam familiam instituenti, ad quod magni sumptus desiderantur; adeoque suadeat aequitas, ne in solidum condemnetur, sed quaedam bonorum pars ei salva sit, ex qua familiae prospicere possit, maxime quia ex hisce contractibus nullum plerumque emolumentum habet filius, omnia patri acquirens.

§. 725.

Quinimmo filio novam familiam instituenti succurrendum est, ne ultra id, quod facere potest, condemnetur, licet in parte non modica haeres institutus sit, si pars haec, quam filius ex paterna haereditate consequitur, minor sit, vel aequalis fere debiti prius contracti mensurae, seu quantitati (1); nam et in hoc casu viget aequitatis ratio pro filio novam familiam instituente (§. praeced.). Potiori ratione beneficium, deducto ne egeat, indulgendum filio in minima parte haerede instituto (2), sive haec minima pars legitima sit, sive portio legitima major, considerata videlicet debiti per filiumfamilias contracti quantitate.

(1) *L. Sed si ex parte* 4. *ff. quod cum eo etc.*
(2) *D. l. Ait praetor* 2. *§. ult.*, *l. Pater* 7. *ff. eod. tit.*

§. 726.

Non tamen favore filii prius deducitur aes alienum, quod ipse sui juris factus contraxerit, licet detrahatur favore donatoris (1); cui ex propria liberalitate convento pinguius succurrendum est, quam illi, qui verum debitum solvere compellitur (2). Nec Paulo contrarius est Ulpianus ajens, si aliqui creditores contraxerint cum filio sui juris effecto, horum rationem habendam esse (3); horum etenim verborum sensus est, his quoque creditoribus prospiciendum esse, videlicet satisfaciendum esse ex bonis, quae propter competentiae beneficium debitori salva fuerunt a creditoribus, cum quibus sub patria potestate constitutus contraxerat.

(1) *L. Et exhaeredatum* 49. *ff. de re judicat.* (42. 1.)
(2) *D. l.* 49., *junct. l. seq.*
(3) *L. Sed an hic* 3. *in fin. ff. quod cum eo.*

§. 727.

Ergo competentiae beneficium denegatur filio pro contractibus, quos patria potestate solutus inierit (1): tum etiam si conveniatur ex delicto, durante patria potestate admisso (2): vel si per mendacium se patremfamilias asseruerit, cum contrahebat (3): quod si post longum tempus, ex quo filius sui juris effectus est, conveniatur ex contractibus sub patria potestate celebratis, caussa cognita, aestimandum tradit Ulpianus, an in solidum, an in quantum facere potest, condemnandus sit (4); quia medio tempore, familia jam instructa, et ordinata, acquirere potuit, unde creditoribus plene satisfaciat. Haeredibus filii competentiae beneficium non indulgent leges (5), cessante aequitatis ratione (§. 724.)

(1) *D. l. Tutorem* 37. *§. ult. ff. de administrat.*, *et peric. tutor.* (26. 7.)
(2) *L. Sed si ex parte* 4. *§. Quamquam* 2. *ff. quod cum eo etc.*
(3) *D. l.* 4. *§.* 1., *l. Eum, qui* 6. *ff. eod. tit.*
(4) *D. l.* 4. *§. Sed an etiam* 4. *ff. eod. tit.*
(5) *D. l.* 4. *§. Soli autem* 3.

Inst. l. 4. tit. 7. ff. l. 14. tit. 4 Cod. l. 4. tit. 26.

§. 728.

Cum filiosfamilias suo nomine contrahit, nihil referre diximus, quod ad ipsius obligationem spectat, an sponte, an jubente patre contraxerit (§. 721.): sed pater, qui jusserit, a creditoribus conveniri potest actione *quod jussu* (1): quodammodo cum eo contrahitur, qui jubet, ut scite animadvertit Ulpianus (2), quocumque jusserit modo, sive coram testibus, sive per epistolam, sive per nuncium, sive generatim contrahi jusserit, sive speciatim in quodam negotio (3), dummodo mandati, seu jussus fines non excesserit filius (4).

(1) *L. ult. ff. quod jussu* (15. 4.)
(2) *L.* 1. *in princip. ff. eod. tit.*
(3) *D. l.* 1. §. 1. *ff. quod jussu.*
(4) *L. Dominum* 3. *ff. eod. tit.*

§. 729.

Quia autem generatim jubere, vel saltem permittere videtur pater, qui filio suo peculium concedit, idcirco actionem de peculio induxit praetor (1) adversus patrem ex contractu, vel quasi contractu filii (2); non vero ex delicto, nisi pater inde locupletior factus sit (3): eaque competit illis, qui cum filiofamilias contraxerunt, quatenus est in peculio [illegible] (4).

(1) *L.* 1. §. 1. *ff. de pecul.* (15. 1.)
(2) *L. Licet tamen* 3. §. *Sed si filius* 9., 10., *et* 11. *ff. eod. tit.*
(3) *D. l.* 3. §. *Ex furtiva* 12.
(4) *L. Quaesitum est* 30. *ff. eod. tit.*

§. 730.

In peculio esse tantum judicatur, quod superest, deducto eo, quod filius debet patri, aliisque in ejusdem patris potestate constitutis, vel quorum pater negotia gerit, tamquam tutor, curator, aut procurator (1); quia pater fingitur praevenisse, et a filio exegisse (2), adeoque tanto minus esse in peculio: deducit autem pater, quod sibi, suisque debetur, sive ex contractu, aut ex rationum reliquis, sive ex delicto, puta furto (3).

(1) *L. Sed si damnum* 9. §. *Peculium* 2., 3., *et* 4. *ff. de pecul.* (15. 1.)
(2) *D. l.* 9. §. 2. *in fin.*
(3) *D. l.* 9. §. *Sive autem* 6., 7., *et ult.*

§. 731.

Peculio extincto per mortem, vel emancipationem filii, perit actio de peculio: sed ne casus, aut voluntas patris filium emancipantis noceat creditoribus, quibus nihil imputari potest, praetor actionem hanc extendit ad annum utilem (1), idest ab eo tempore computandum, ex quo primum ab extincto peculio experiundi potestas fuit (2): nisi forte principalis actio breviori temporis intervallo conclusa a legibus sit, puta redhibitoria sex mensibus circumscripta (3).

(1) *L.* 1. *in princ. ff. quando de pecul. act. annalis est* (15. 2.)
(2) *D. l.* 1. §. *Annus autem* 2.
(3) *L. Cum post mortem* 2. *ff. eod. tit.*

§. 732.

Caetera, quae ad peculia pertinent, non prosequimur; alibi de illis fuse egimus (1), et simul demonstravimus, ad peculium adventitium pertinere, quidquid filius acquirit aliunde, quam ex bonis patris, vel contemplatione patris (2): quare vix recipi potest sententia Fabri, nisi fundum fingamus a filiofamilias emptum ex pecunia patris (3), nec explicanda arbitramur, quae de peculio servorum in Romanis legibus traduntur, cum apud omnes fere gentes servitus exoleverit: unum monemus, dominos ex famulorum contractibus, aut factis, quibus auctoritatem, aut consensum non accommodarunt, neutiquam teneri, nisi aliud municipali jure, vel consuetudine inductum sit (4).

(1) *V. Tom. V. pag.* 273. § 1044., *et seqq.*
(2) *D. Tom. V.* §. 1100. *pag.* 288.
(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 19. *defin.* 2. *num.* 2., *et seqq.*
(4) *Voet in ff. de pecul. lib.* 15. *tit.* 1. *num.* 11. *in princip.*

Inst. l. 4. tit. 7. ff. l. 14. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 25.

§. 733.

Si pater filio peculium non concesserit, nec eum contrahere jusserit, de filii contractibus non tenetur, nisi forte locupletior inde factus sit, quo casu inducta est actio de in rem verso (1); cum natura iniquum sit, aliquem cum alterius jactura locupletari (2). Locupletior autem intelligitur ille, cujus res melior facta est, vel id actum, ne deterior fieret (3): atque ideo datur actio illis, qui in rem patris, aut domini crediderunt servo, aut filiofamilias adversus patrem, aut dominum (4), quatenus in rem alterutrius versum constat (5) una cum usuris, si pacto promissae sint, vel ex negotii bonae fidei indole propter moram debeantur (6).

(1) *L.* 1. *princip.*, *et* §. 1. *ff. de in rem verso* (15. 3.)
(2) *L. Nam hoc natura* 14. *ff. de condic. indebit.* (12. 6.)
(3) *L. Quod si servus* 3. §. *Et regulariter* 2. *in fin. ff. de in rem verso.*
(4) *D. L.* 1. *in princip.*, *et* §. 1. *ff. eod. tit.*
(5) *L. Si pro parte* 10. §. *In rem* 4. *ff. eod. tit.*
(6) *D. l.* 10. §. *Sed utrum* 5.

§. 734.

Ut pater teneatur, requiritur, ut in rem patris versum sit (§. praeced.); nec enim sufficit creditum fuisse in rem patris, si postea non versum, sed male consumptum sit: quare sollicite investigare debet creditor, in quem usum pecunia vertatur, licet ei credat, qui solitus erat accipiendo vertere, ne credulitas creditoris, ut ait Ulpianus, aut calliditas accipientis servi, vel filiifamilias domino, aut patri noceat (1). Aliud utique servatur in exercitoria, et institoria actione (2); sed in his adest voluntas, et tacitum mandatum praeponentis, cui proinde imputari potest, cur talem institorem, vel exercitorem elegerit.

(1) *L. Quod si servus* 3. §. *Sed si sic* 9. *ff. de in rem verso* (15. 3.)
(2) *L.* 1. §. *Unde* 9., *l. ult. princip.*, *et* §. *ult. ff. de exercitor. action.* (14. 1.)

§. 735.

Sed actione de in rem verso tenetur pater, licet filius alio fine pecuniam quaesierit, si deinceps, mutato consilio, in rem patris eandem verterit (1); alioquin pater cum creditoris dispendio ditior fieret (§. 733.). Idem dicendum, licet utilitas versionis non duret, puta frumentum in horreo patris corruptum sit, vel arserit (2): aut insula, in quam fulciendam necessario, vel utiliter impensum est, corruerit (3). Sane si pater pecuniam a filio acceptam ei statim restituerit, dummodo bona fide, cessat actio de in rem verso: quo sensu dixit Ulpianus, versum non intelligi, nisi duret versum (4).

(1) *L. Quod si servus* 3. §. 1., *l. Si res* 5. §. *ult. ff. de in rem verso* (15. 3.)
(2) *D. l.* 3. §. *Unde recte* 7.
(3) *D. l.* 3. §. *Sed, et si servum* 8.
(4) *L. Si pro patre* 10. §. *Versum* 6. *ff. eod. tit.*

§. 736.

Quid ergo dicendum, si filiusfamilias mutuatus sit pecuniam ad vestem comparandam, quam revera comparaverit a mercatore, sed neutiquam solverit, quia pecuniam fortuito amisit? Cum pecunia initio inspecto, quod sufficit (§. praeced.), in rem patris, qui vestem filio dare tenetur, versa sit, vestis autem etiam inspecto exitu versa appareat, utrique, tum mutuanti, tum mercatori indulgendam esse de in rem verso actionem scripsit Ulpianus (1); quia tamen iniquum videtur, patrem duplici praestatione onerare, subjicit Gajus, occupantis meliorem esse conditionem (2).

Inst. l. 4. tit. 7. ff. l. 14. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 26.

(1) *L. Quod si servus* 3. §. *ult. ff. de in rem verso* (15. 3.)
(2) *L. Sed dicendum* 4. *ff. eod. tit.*

§. 737.

Diximus, actionem ex contractu filii adversus patrem dari, quatenus in rem ipsius versum est (§. 733.): sed ut res haec plene intelligatur, distinguendum est, prout distinguitur, cum agitur de impensis in rem alienam factis: nimirum interest, utrum filius contraxerit in caussam necessariam, an utilem, an voluptuariam patris. Si in caussam necessariam filius impenderit, puta insulam fulserit, quae alioquin corruisset, restituendum tradit Ulpianus, quidquid impensum fuit, licet tantum non profuerit: si vero ex utili tantum caussa impensum sit, puta animalia empta sint, non nisi verum eorum pretium repeti posse existimat, si forte majori empta sint (1).

(1) *L. Si res domino* 5. *in princip. ff. de in rem verso* (15. 3.)

§. 738.

Discriminis rationem non aperit jureconsultus; inde fortassis peti potest, quod pinguius, ne in damno haereat, prospiciendum sit illi, qui filio in necessariam patris caussam mutuatur, utpotequi damnum avertit: quam ei, cui nonnisi ex caussa utilitatis datur actio de in rem verso (1); cum pater erga hunc teneatur ex sola aequitate, quae non patitur, alium cum alterius jactura locupletari (§. 733.), pater autem ultra verum rei pretium locupletior factus non est.

(1) *Argum. l. Quod autem* 6. §. *Simili modo* 11. *ff. quae in fraud. creditor.* (42. 8.)

§. 739.

Quod si filius mutuam acceperit pecuniam, eamque in res voluptuarias impenderit, puta domum exornaverit tectoriis, picturis, et similibus, quae voluptati tantum inserviunt, in rem patris versa non videtur pecunia; adeoque dumtaxat pati cogitur, ut tollautur, quae auferri possunt sine detrimento rei suae; nec tenetur domum vendere, ut praestet mutuanti, quanti pretiosior forte facta est (1). Quaedam tamen impensae sunt, quae, licet generatim voluptuariae videri possint, inspecta tamen conditione personarum necessariae, vel saltem utiles reputantur; veluti si filius emerit odores, et unguenta in funus, quod ad patrem pertineat (2). Diversos modos, quibus in rem patris verti potest, quod filius gessit, explicant jureconsultus (3), atque Justinianus (4).

(1) *L. Quod si servus* 3. §. *Sed si mutua* 4. *ff. de in rem verso* (15. 3.)
(2) *L. Et ideo* 7. §. *Illud plane* 3. *ff. eod. tit.*
(3) *D. l.* 3. §. 1., *et seqq.*, *l. Si pro patre* 10. §. 1., 3. *et ult.*, *et l. seq. ff. eod. tit.*
(4) §. *Praeterea* 4. *instit. hoc tit.*

§. 740.

Cessat actio de in rem verso, si creditor de peculio jam egerit, et pater actione de peculio conventus praestiterit, quod in rem suam versum erat (1). Plenior tamen est actio de in rem verso actione de peculio; haec annalis est post ademptum peculium (§. 731.); actio autem de in rem verso perpetuo durat, idest ad triginta annos (2), etiam extincto peculio (3): atque in concursu creditorum potior est, qui agit de in rem verso, quam qui de peculio (4).

(1) *L.* 1. §. *ult. ff. hoc tit.*, §. *Praeterea* 4. *instit. hoc tit.*
(2) *L. Sicut in rem* 3. *cod. de praescript. XXX., vel XL. annorum* (7. 39.)
(3) *L.* 1. §. 1., *l. Filiusfamilias* 19. *in fin. ff. de in rem verso* (15. 3.)
(4) *L.* 1. *in princ. ff. eod. tit.*

§. 741.

Commodior tamen est actio de peculio, quatenus agens de peculio obtinet, dummodo probet contractum fuisse, ac in peculio reperiri debitam ex contractu quantitatem; agenti vero de in rem verso probandum est, pecuniam in patris utilitatem cessisse (1); quod diversis modis probari potest; atque etiam praesumptionibus, et in-

diciis; puta pater, qui usuras pecuniae filiofamilias creditae solverit, eam in suos usus recepisse praesumitur (2). Inst. l. 4. tit. 7. ff. l. 14. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 26.

(1) §. *Caeterum* 5. *instit. hoc tit.*

(2) *L. Cum de in rem* 6. *princ.*, *et* §. 1. *ff. de usur.* (22. 1.)

§. 742.

Extra casus, quos in hoc titulo commemoravimus, pater ex contractibus filii non tenetur, multoque minus ex delictis (1). Hinc pater non cogitur filio laesae majestatis accusato subministrare sumptus in caussam litis, nec alimenta eidem in carceribus detento, nisi in subsidium (2); quia sumptus utriusque generis a fisco suppeditari solent. Nec pecuniariam mulctam solvere tenetur pater pro filio; nisi forte haec modica sit, eaque non soluta, gravissima corporalis poena filio immineat (3). Captivum filium, si Fabro assentimur, redimere non cogitur pater (4), quod tamen naturali parentum liberis debitae caritati vix congruit: atque ideo, si semel se redempturum spoponderit pater, amplius poenitere non posse tradit; quamquam placuit, bona patris, qui pro filii redemptione se obligavit, tacito hypothecae vinculo obstricta non esse (5).

(1) *L.* 1., *l. Si filiusfamilias* 3. *cod. ne filius pro parte* (4. 13.)

(2) *Fab. cod. eod. tit. lib.* 4. *tit.* 9. *def.* 1.

(3) *Fab. cod. eod. tit. definit.* 2. *in princip.*

(4) *Fab. def.* 2. *in fin.*

(5) *Fab. d. defin.* 2. *allegat. ult.* ✠

§. 743.

Cum pater paternae pietatis officio fungatur, filium e captivitate, vel carceribus redimens (§. praeced.), sponte sequitur, denegandam ipsi restitutionem in integrum, si se obligaverit, ut filium diuturnioris carceris taedio jam vexatum eximeret, et vere exemerit, licet alleget, se nihil debuisse (1); nec enim laesus videri potest pater, paternae pietatis affectum secutus. Nihil porro interest, an jure, an injuria in carceres detrusus filius fuerit, dummodo aliter liberari non potuerit: non potest videri pater sine caussa obligatus (2): superest utique de indemnitate actio adversus eum, qui per injuriam fecerit, quod filius in carceribus conjectus, vel in illis detentus sit.

(1) *Fab. cod. ne fil. pro patre lib.* 4. *tit.* 9. *def.* 6. *in princip.*

(2) *Argum. l. Naturalis* 5. §. *Quod si faciam* 3. *ff. de praescript. verbis.* (19. 5.), *Fab. d. defin.* 6. *num.* 3. *in corp.*

§. 744.

Alibi diximus, cum de alimentorum praestatione agebamus, filió gravis criminis conscio alimenta a patre suppeditanda esse, saltem secundum necessitatem naturae (1); puellae autem a filio corruptae dotem filii nomine a patre dandam esse, atque alendos esse liberos ex ea procreatos (2): exceptionem admittit Faber, si probetur filius ingratus ex caussis, propterquam jusse possit exhaeredari (3). Verum et hic locum habere potest arbitrium judicis, si aequitas, et paterna pietas, inspecta conditione, et necessitate filii, aliud suadeat: maxime quia non semper licet argumentari ab exhaeredatione ad jus denegandi alimenta, cum filius post mortem patris sui juris factus in ea caussa sit, ut facilius alimenta sibi parare possit; atque plures sunt, veluti avus, licet nepotum pater vivat, et fratres, qui alimenta debent, non tamen successionem (4).

(1) *Tom. I. pag.* 203. §. 564., *et* 565.

(2) *D. Tom. I. pag.* 204. §. 568.

(3) *Fab. cod. ne fil. pro patre lib.* 4. *tit.* 9. *def.* 4.

(4) *D. Tom. I. pag.* 197. §. 539., *et seqq.*

§. 745.

Praeterimus, quae de noxalibus actionibus traduntur in Romanis legibus, cum in servis quidem locum habere possint, non autem hodie in filiisfamilias (1): quae vero

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 10. tit. 4. Cod. l. 3. tit. 42 ad servos pertinent, supervacuum est explanare, servitute apud omnes fere gentes explosa. Potius hoc loco quaedam subjicienda putamus de actione ad exhibendum, quae personalis est; licet in rem scripta (2).

(1) §. *ult. instit. de noxalib. actionib.* (4. 8.)

(2) *L. In hac actione* 3. §. *ult. ff. ad exhib.* (10. 4.)

TITULUS XV.

Ad exhibendum, seu de actione ad exhibendum.

Instit. lib. 4. tit. 6. *De actionib.*
Digest. lib. 10. tit. 4. } *Ad exhibend.*
Codic. lib. 3. tit. 42. }

SUMMARIA.

Exhibere est facere in publico potestatem, ut agendi copia sit. §. 746.

Actio ad exhibendum personalis est, et arbitraria, in rem tamen scripta, in solis mobilibus locum habens. §. 747.

Actio ad exhibendum facile permittitur illis, quorum interest rem exhiberi. §. 748., *et* 749.

Actione ad exhibendum conveniuntur etiam, qui naturaliter possident, vel dolo possidere desierunt. §. 750.

Actione ad exhibendum petitur, ut praesens sistatur res cum suis accessionibus. Quid si rei forma immutata sit? §. 751.

Juratur in litem adversus eum, qui exhibere detrectat. Cujus sumptibus ocularis rei inspectio fieri debeat? §. 752., *et* 753.

Si res statim exhiberi nequeat, cautio interdum de ea exhibenda praestanda est. §. 754.

§. 746.

Actio ad exhibendum, cujus usus fere quotidianus est in judiciis, potissimum propter vindicationem inducta est: quamquam et in aliis multis casibus vim suam exerit (1), est actio, qua petitur, ut res aliqua praesens sistatur: *Exhibere*, ait Paulus, *est facere in publico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia* (2); saepe enim contingit, ne actor jus suum prosequi possit, nisi quaedam res ad litem pertinentes demonstrentur.

(1) *L.* 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Exhibere* 2. *ff. hoc tit.*

§. 747.

Actio ad exhibendum personalis est (1), et arbitraria (2): in rem tamen scripta, quatenus competit illi, qui in rem acturus est (3); unde infert Faber, proponi posse coram judice laico adversus clericum (4): arbitraria, quatenus judex, si reus non exhibeat, ex aequo, et bono aestimare debet secundum naturam cujuscumque rei, de qua agitur, quemadmodum actori satisfieri oporteat (5): in solis rebus mobilibus locum habet, cum immobilia se ipsa satis exhibeant (6).

(1) *L. In hac actione* 3. §. *Est autem* 3. *ff. hoc tit.*

(2) §. *Praeterea* 31. *instit. hoc tit.*

(3) *D. L.* 3. §. 3. *ff. hoc tit.*

(4) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 28. *def.* 3.

(5) *D.* §. 31. *in fin. institut. hoc titul.*

(6) *L. Meminimus* 2. *versic. Sed ubi cod. quand., et quibus quarta pars etc.* (10. 34.)

§. 748.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 10. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 42.

Competit actio ad exhibendum illis, quorum interest rem exhiberi (1) ex justa aliqua, et probabili caussa (2): interest, inquam, si Gajo credimus, peculiari aliquo modo (3): quamquam cum de re modici praejudicii agatur, judex eam facilius permittere debet, dummodo actor summarie, vel plene, vel per jusjurandum sua interesse probet (4). Hinc haeres recte agit, ut exhibeantur tabulae testamenti, non legatarius, cui competit interdictum de tabulis exhibendis (5): usu tamen fori haec diversitatis subtilitas non attenditur (6).

(1) *L. Julianus* 9. *Si liber homo* 13. *ff. hoc tit.*, *Ab-Eccles. observat.* 51. *num.* 2., *et seqq.*

(2) *L. In hac actione* 3. §. *Si mecum* 11., *l. penult. ff. hoc tit.*

(3) *L. Si liber homo* 13. *in fin. ff. hoc tit.*

(4) *Brunneman. in Pandect. ad l. In hac actione* 3. *num.* 13. *ff. hoc tit.*, *Ab-Eccles. d. observat.* 51. *num.* 15. ✠, *et num.* 17. ✠

(5) *D. l.* 3. §. *Si quis extra* 8. *ff. hoc tit.*

(6) *Brunneman. d. loco num.* 12.

§. 749.

Qui ad exhibendum agit, nosse debet, et explicare rei exhibendae qualitates (1), non tamen dicere se dominum, cum multae sint caussae, ex quibus ad exhibendum agimus (2): quod si plurium intersit ex diversis juribus, puta dominii, ususfructus, pignoris, singulis licet ad exhibendum agere (3).

(1) *L. In hac actione* 3. *in princip. ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 3. §. *Est autem* 3. *et seqq.*

(3) *D. l.* 3. §. *Pomponius* 12.

§. 750.

Conveniuntur actione ad exhibendum omnes rei possessores, licet naturaliter tantum possideant, quemadmodum creditores pignoratitii (1), depositarii, commodatarii, et conductores (2); tum qui dolo malo possidere desierunt, cum adhuc possidere fingantur (3): immo, licet absque culpa possidere desierint, si ipsis possit imputari, cur prius non exhibuerint (4). Neque requiritur, ut initio litis contestatae possederint, dummodo possideant tempore rei judicatae (5).

(1) *L. In hac actione* 3. §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *L. Nam et cum eo* 4., *et l. sequ. ff. hoc tit.*

(3) *L. Celsus* 5. §. *Idem Julianus* 2., *l. Julianus* 9. §. *Marcellus* 4. *ff. hoc tit. V. Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 28. *def.* 1., *ubi de exhibendis actis curiae adversus castellanum, quem doli praesumptio oneret.*

(4) *De eo* 12. §. *Si post judicium* 4. *ff. hoc tit.*

(5) *L. Tigni* 7. §. *Si quis* 4. *ff. hoc titul.*

§. 751.

Actione ad exhibendum petitur, ut praesens sistatur res cum suis accessionibus; ita ut si quae utilitas amissa sit, quia res non fuerit exhibita, aut exhibita tardius, reus aestimationem praestare teneatur (1). Idem dicendum, si intermedio morae tempore rei forma immutata sit, puta ex materia aurea rudi vasa facta sint, aut vasa in alteram formam conversa (2): non si deteriorem tantummodo factam rem quis exhibeat, puta hominem eluscatum, vel debilitatum; quia hinc non impeditur directa actio, puta vindicatio, quamquam ex lege Aquilia agere potest ille, cujus interest, ut damnum reficiatur (3).

(1) *L. Julianus* 9. §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 9. §. *Sed si quis* 3. *ff. hoc titul.*

(3) *L. Si quis hominem* 17. *ff. hoc titul.*

§. 752.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 10. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 42.

Cum reus dolo malo fecit, quominus exhibere possit; vel exhibere non vult, adversus illum juratur in litem, quanti actoris interest, non exhiberi, judice, ut fieri solet, quantitatem taxante (1). Quod si ocularis alicujus rei inspectio, seu ostensio facienda sit, quae petentis sumptibus plerumque fieri debet, nisi justa caussa aliud suadeat (2), atque adversarius praefinito die non adsit, non idcirco judex re infecta discedere debet, sed rem perficere adhibitis probis viris, quos altera pars elegerit, et ipse pro absente nominaverit (3).

(1) *L. In hac actione* 3. §. *Praeterea* 2. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Sed et si haereditas* 11. §. 1. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *titul.* 28. *def.* 2. *allegat.* 1.

(3) *Argum. l. Si irruptione* 8. §. 1. *ff. fin. regundor.* (10. 1.), *Fab. codic. hoc tit. d. def.* 2. *in princ.*

§. 753.

Sed quid, si judex in proposita specie re infecta discesserit, atque contumax deinde postulet, ut eadem indicatio fiat? Imprimis jubere debet judex, ut contumax priores sumptus, qui ob contumaciam inutiles fuerunt, resarciat; cum sic contumacia puniri soleat (1): tum sumptus, quos rursus fieri necesse est, oneri illius erunt, ad quem, seclusa contumacia, spectassent (2), atque ita utriusque partis indemnitati prospicitur; nec enim contumax duplici poena coercendus est, nec alter ex adversarii contumacia lucrum referre debet.

(1) *L. Sancimus* 15. *cod. de judic.* (3. 1.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 3. *tit.* 28. *d. def.* 2. *prop. fin.*

§. 754.

Non semper res, quae petitur, statim exhibenda est; puta si alio fortassis in loco sit, cautio de eadem exibenda, vel sine diei adjectione, si in potestate non sit tempus, quo exhibeatur, puta servus in fuga constitutus proponatur (1): vel adjecto die, intra quem exhibitio fiat, arbitrio judicis, singulis adjunctis pensatis, si alter exhibere pro arbitrio possit, praestanda est (2).

(1) *L. Celsus* 5. §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *L. De eo* 12. §. *ult. ff. hoc tit.*, §. *Si ad exibendum* 3. *instit. de offic. judic.* (4. 17.)

§. 755.

Si quis ad exhibendum semel egerit, rursus ex eadem caussa agere non potest, obstante rei judicatae exceptione; utique vero, si nova adsit caussa (1), puta adversarius, qui prius non possederat, deinceps rei possessionem nanciscatur (2). Hodiernis moribus, licet actionis ad exhibendum nomen vix soleat usurpari, pluribus tamen in casibus judices, petente altero ex litigatoribus, exhibitionem rerum, et praecipue scripturarum, vel instrumentorum fieri mandant, quo sciat ille, an contendere, an cedere debeat. Quae ad exhibitionem, seu editionem instrumentorum, et scripturarum pertinent, commodius explicabimus in titulo de edendo.

(1) *L. De eo* 12. §. *Saepius* 2. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si quis* 18. *ff. de exception. rei judicat.* (44. 2.)

TITULUS XVI.

Inst. l. 4. tit. 11. ff. l. 2. tit. 8. Cod. l. 2. tit. 57.

De satisdationibus.

Instit. lib. 4. tit. 11. *De satisd.*
Digest. lib. 2. tit. 8. *Qui satisdar. cogant.*
Cod. lib. 2. tit. 57. *De satisdando.*

SUMMARIA.

Cautio alia dicitur juratoria, alia pignoratitia, vel fidejussoria, vel promissio. §. 756.

Quis sit cautionum finis? §. 757.

Olim tum reus, tum actor cavere tenebantur; sed hodie remittitur cautio, nisi agatur de alienigena, vel peregrino, aut persona admodum suspecta. §. 758., *et* 759.

Actor alienigena apud Sabaudos in judicio civili satisdare ex Fabro non cogitur de judicato solvendo. §. 760.

An reus satisdare teneatur, se judicio stiturum, et usque ad finem litis in judicio permansurum? An de judicato solvendo? §. 761., *et* 762.

Quid si lis criminaliter primum instituta in civilem conversa fuerit? §. 763.

Carceribus eximi potest reus satisdare jussus, praestita juratoria cautione, si fidejussores non inveniat. §. 764.

Reus ad pecuniariam poenam, atque impensas condemnatus, poena soluta, ob solas expensas in carcere retineri non potest. An pro hisce expensis satisdandum sit? §. 765.

Debitor, invito creditore, carceribus eximi non debet, licet satisdare paratus sit, si debitum liquidum appareat, nisi subeat vitae discrimen. §. 766.

Quid si debitor in carceres detrusus fuerit ante sententiam condemnationis? §. 767.

Reus capitali poenae obnoxius carceribus eximendus non est, licet fidejussorem idoneum offerat. §. 768.

Cautio judicatum solvi extra quosdam casus usu fori non desideratur. §. 769.

Quo differat cautio de sistendo a cautione de solvendo judicato. §. 770., *et* 771.

An beneficium divisionis competat fidejussori de reo sistendo, vel judicato solvendo? §. 772.

Vadimonium deserere, vel eremodicium contrahere qui dicantur? §. 773.

Fidejussor de reo sistendo tenetur ad id, quod actoris interest, inspecto tempore, quo reus in judicio sistendus erat. An aliae induciae dandae sint? §. 774.

Obligatio praestandi id, quod interest, cessat, si reus ante diem sistendi decesserit, vel juste impeditus fuerit. Quae sint justae caussae? §. 775.

Quid si actor statuto tempore in judicium non veniat; vel veniens non agat id, quod agere tenebatur? §. 776.

Contumax non est, qui citatus a judice secundum jus commune incompetente in judicium non venit. An privilegium fori contumax amittat? §. 777.

Contumacia ipso jure non inducitur, sed a judice decernitur, instante altera parte praesente. §. 778.

Contumax non creditur, qui per procuratorem judicio sistit. §. 779.

Contumacia, refusis impensis, ante sententiam purgari potest. §. 780.

Quid si procurator actoris, vel rei in judicium veniat? §. 781.

Fidejussor dari debet in ea provincia, in qua quis dare jussus est, licet collaudator in provincia detur; si tamen inveniri possit. §. 782., *et* 783.

Inst. l. 4. tit. 11. ff. l. 2. tit. 8. Cod. l. 2. tit. 57.

Satisdatio plerumque praestari debet, praesente, vel vocato saltem adversario, nisi detur pro executione instrumenti guarentigiati. §. 784.

Jussus satisdare de non offendendo, et in perpetuum exilium exire, si nec fidejussores, nec pignora dare possit, statim patria decedere debet. §. 785.

Curatores absentis, et legatarii, quibus res mobilis legata sit ad aliquid faciendum, satisdare tenentur. §. 786.

Venditor rei defensionem suscipiens satisdare non cogitur. §. 787.

Quid de filio legitimo, cui, lite pendente, certa quantitas pro alimentis, et sumptibus litis interim adjudicetur? Quid de naturali? §. 788.

In caussis beneficialibus possessionis an satisdatio praestetur? §. 789.

Satisdatio ante sententiam praestanda est, licet agatur de instrumento authentico. Quid si litterae de debitis a Principe obtentae fuerint? §. 790.

§. 756.

Explicatis diversis actionum speciebus, tum personis, quibus agere licet, progreditur Justinianus ad satisdationes, quae praestari debent ab illis, qui sine mandato agere alieno nomine volunt (§. 355.). Cautio, quae generatim definiri potest, securitatis promissio, seu promissio de securitate ab imminenti, vel possibili laesione, multiplex in jure distinguitur pro diversis modis, quibus securitas haec promittitur. Si jusjurandum promissioni adjectum fuerit, cautio juratoria appellatur (1): si adjectis pignoribus, vel hypotheca, cautio pignoratitia (2); si datis fidejussoribus, fidejussoria cautio, et uno verbo satisdatio (3): si nihil promissioni adjiciatur, repromissio dicitur: quamquam lato sensu satisdationis verbo etiam repromissio continetur (4).

(1) §. *Sed hodie* 2. *instit. hoc tit.*

(2) *L. Promissor* 21. §. *ult. ff. de pecun. constit.* (13. 5.)

(3) *L.* 1. *ff. hoc tit.*

(4) *L. Satisdationis* 61. *ff. de verb. significat.* (50. 16.)

§. 757.

Finis ergo cautionum est, ut facilius quisque obtineat, quod sibi debetur; atque ut judicium, eaque, quae in judicio statuuntur, magis firma sint, atque facilius effectum suum consequantur. Quae de satisdationibus in judicio praestandis apud Romanos obtinebant, breviter explicabimus; cum et apud ipsos posteriore jure plurima abrogata fuerint, atque usu fori pleraque exoleverint.

§. 758.

Igitur priscis Romanorum moribus tum reus in jus vocatus, tum actor ad judicium provocans cavere tenebatur; ne judicia tergiversatione actoris, vel rei elusoria redderentur; cavere, inquam, datis pignoribus, vel fidejussoribus, quandoque jurato, vel nuda repromissione pro qualitate personae (1): nimirum actor cavebat, se intra duos menses a tempore editi libelli litem contestaturum, et usque ad sententiam in judicio permansurum (2): atque insuper, si succubuisset, decimam quantitatis libello comprehensae partem expensarum nomine soluturum (3).

(1) *L.* 1. *ff. hoc tit.*, §. *Sed hodie* 2. *instit. hoc tit.*

(2) *Novell.* 53. *cap. Quia vero* 2., *Novell.* 96. *cap.* 1.

(3) §. 1. *in fin. instit. de poena temere litigant.* (4. 16.), *Novell.* 112. *cap. Ad excludendas* 2.

§. 759.

Verum cautiones hujusmodi bodie in foro remitti solent, saltem si actor bona immobilia habeat (1), nisi agatur de alienigena, vel peregrino, aut persona admodum suspecta; his injungitur satisdatio de impensis litis, si in eas forte damnentur: et de reconventione suscipienda (2): atque cautionem hanc de impensis litis solvendis quidam appellant cautionem *judicatum solvi*, quatenus sententia judicis comprehenditur, ab

actore impensas litis temere motae subeundas esse. Quod si actor alienigena, vel peregrinus fidejussorem in loco judicii invenire non possit, atque honesta persona sit, juratoria cautio videtur ei permittenda (3).

Inst. l. 4. tit. 11. ff. l. 2. tit. 8. Cod. l. 2. tit. 57.

(1) *Ab-Eccles observat.* 41. *num.* 7.

(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 1. *in med.*, *V. Ab-Eccles. d. observat.* 41. *num.* 7.

(3) *Argum. Novell.* 112. *cap. Ad excludendas* 2., *Voet d. num.* 1. *in fin.*, *Ab-Eccles. d. observat.* 41. *num.* 11., *et seqq.*

§. 760.

Apud Sabaudos jamdudum exolevit, Fabro teste, vetus judiciorum observatio, quae forenses, atque alienigenas cogebat, si quid in provincia peterent ab incolis, praesertim actione personali, ut satisdarent de judicato solvendo, nec prius audirentur, quam satisdedissent; aequum visum non fuit, satisdatione, quae plerumque magnas habet difficultates, prohiberi peregrinum, ne jus suum prosequatur (1) (licet eodem privilegio non gaudeant Sabaudi apud peregrinos (2)), Gebennensibus tamen exceptis (3). Haec ita, si civili judicio agatur; si autem falsi accusatio criminaliter, et per solemnem inscriptionem instituatur ab alienigena, placuit satisdandum esse, ne in calumniatoris cujuscumque vilissimi potestate sit, nostrarium famam, dignitatem, fortunas, et vitam ipsam impune lacessere (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 39. *defin.* 8. *in princip.*

(2) *Fab. d. defin.* 8. *num.* 4., *ubi de Lugdunensibus.*

(3) *Fab. d. defin.* 8. *allegat. ult.* ✠

(4) *Fab. cod. hoc tit. defin.* 15.

§. 761.

Reus quoque, si jus Romanum inspiciamus, satisdare debet, et quidem, si per se, non per procuratorem, litigare voluerit, actore postulante cavet, se judicio stiturum, et usque ad finem litis in judicio permansurum (1), non vero de judicato solvendo (2); cavet, inquam, datis idoneis fidejussoribus, qui nempe facultatibus polleant pro rei qualitate, et subsint jurisdictioni judicis, apud quem satisdatio praestatur (3); immo juratoria cautio, et nuda promissio pro conditione personae sufficere potest (4): cautio juratoria, si reus vir illustris sit (5), vel bona immobilia possideat (6): nuda repromissio in fisco, republica (7), et clericis (8).

(1) §. *Sed hodie* 2. *instit. hoc tit.*

(2) *D.* §. 2. *in princip.*

(3) *L. Fidejussor* 2., *l. Si fidejussor* 7. *ff. hoc tit.*

(4) *D.* §. 2. *in fin. instit. hoc tit.*

(5) *L. penult. cod. de dignitatibus* (12. 1.)

(6) *L. Sciendum* 15 *ff. hoc tit.*

(7) *L.* 1. §. *Si ad fiscum* 18., *l. Si quando* 6. §. 1. *ff. ut legator.*, *vel fideicomm. servand. causs. caveat.* (36. 3.)

(8) *V. l. Cum clericis* 25. §. 1., *l. Omnes* 33. §. *In hac autem* 3. *cod. de Episcop.*, *et cleric.* (1. 3.), *Novell.* 123. *cap. Si quis contra* 21. §. *Si quis autem* 2.

§. 762.

Rarius utique, prout monent interpretes, haec quoque de sistendo cautio in judiciis civilibus frequentatur: atque si de peregrino agatur, alicubi cogitur, eligere domicilium in territorio judicis, ut illic requiratur, et citetur, quoties opus fuerit (1): apud nos cum caussae agantur per procuratores, censuit olim senatus, alienigenam reconventum non esse cogendum ad praestandam cautionem de judicatum solvendo, sed procuratorem cavere debere, alienigenam tempore ferendae sententiae personaliter judicio adfuturum (2): sed si criminali judicio agatur, vel realis contigerit in jus vocatio per detentionem rei, aut personae, non antea relaxantur bona, aut personae, quam dati

Inst. l. 4. tit. 11. ff. l. 2. tit. 8. Cod. l. 2. tit. 57.

fuerint idonei fidejussores de sistendo; vel saltem jurato cautum sit, si fidejussores invenire nequeat reus, prout judici videbitur (3).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 6.

(2) *Ab-Eccles. observ.* 2. *num.* 21. ✠.

(3) *Voet dict. num.* 6. *in fin.*, *et num.* 7.

§. 763.

Hinc ex Fabro, si lis criminaliter primum instituta fuerit, tum in civilem conversa, reus eximi non debet carceribus, nisi prius praestita satisdatione tum judicio sistendi, tum judicatum solvendi, si vel ex aliena provincia sit, vel pauper, et judicato solvendo impar (1). Extra hos, et similes casus jurare tantum cogitur, lata sententia, in eodem statu, quo antea fuerat, se stiturum; sententiae, quaecumque tandem lata fuerit, pariturum, nisi appellandum existimaverit (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 39. *defin.* 4. *in princip.*, *V. Thesaur. decis.* 220. *per tot.*

(2) *Fab. dict. definit.* 4. *num.* 4., *et* 5.

§. 764.

Immo carceribus eximi potest reus criminis, licet non satisdet, prout Senatus sententia praescriptum est, si doceat, se nullos invenire potuisse fidejussores, praestita utique juratoria cautione (1); nec enim perpetuo carcere mulctari debet, qui non praestat, quod omnino praestare non potest: quo fundamento placuit, eum, qui cautionem idoneam in civilibus caussis, quamvis a Senatu jussus sit, praestare non potest, quia nulla habet bona immobilia, admittendum esse ad cautionem juratoriam; ne ad impossibile adigi videatur; aut jure suo idcirco carere debeat; maxime si creditor vere appareat; denegata tamen ipsi judicati executione in corpus condemnati (2), ut qui in uno gravatur, in altero relevetur (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 39. *defin.* 9.

(2) *Fab. d. defin.* 9. *allegat. ult.* ✠.

(3) *L. Eum, qui juravit* 30. *ff. de jurejurand.* (12. 2.)

§. 765.

Sed quid, si reus propter crimen ad poenam pecuniariam damnatus sit, et ad litis expensas? Si poenam solverit, ob solas expensas adhuc debitas in carcere retineri non potest (1): quia expensae non propter crimen, sed propter litem solvuntur: adeoque ob impensas carceris squallore puniri non debet reus. An vero satisdandum sit pro hisce impensis, nec ne, distinguit Faber: satisdandum tradit, si nondum taxatae fuerint, de iis solvendis, prout judex statuerit: non vero, si jam taxatae sint (2); ne sibi eripere videatur appellandi facultatem. Sed, quia reum melioris conditionis esse non decet post taxationem, quam antea, idcirco vel eas statim solvere debet, vel si appellare velit a sententia, cogendus est satisdare se soluturum, prout judex appellationis pronunciaverit (3).

(1) *Fab cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 39. *defin.* 3. *in princ.*, *Ab-Eccles. observ.* 180. *num.* 14. ✠.

(2) *Fab. d. defin.* 3. *in med.*

(3) *Fab. d. defin.* 3. *allegat. ult.*

§. 766.

Non tamen carceribus eximi potest, invito creditore, debitor, licet satisdare paratus sit, nec non solvendo idoneus, si debitum certum, et liquidum appareat (1); nisi forte in gravem murbum inciderit, et inde subeat vitae discrimen (§. 293.); quia interest creditoris, ne liberetur, ut taedio carceris affectus diligentius solvendi modum inquirat; neque potest judex impedire, ne creditor jure suo utatur (2): proinde debitor vel solvere tenetur, vel bonis cedere (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 29. def. 4. in princip.* Inst. l. 4.

(2) *Usu autem fori receptum est, ut debitor non solvens in carceres detrudi possit, si instet creditor, ut alibi diximus. Tom. X. §. 54. pag.* 18. tit. 11. ff. l. 2. tit. 8.

(3) *L. 1. cod. qui bon. ceder. poss.* (7. 71.), *Ab-Eccles. d. observat.* 180. *num.* 14., *ubi addit, non obstante cessione bonorum reum detineri posse in carcere pro cibariis sibi a custode subministratis.* Cod. l. 2. tit. 57.

§. 767.

Cum autem pro debito nondum liquido debitor in carceres conjici nequeat, ne prius executioni demandari videatur sententia, quam lata sit, aut ferri potuerit, utique poterit debitor in carceres injuria detrusus eximi, vel invito creditore, si satisdationem offerat (1); atque incertum judicatur debitum, quod nunquam fuit taxatum: non quod debitor alleget se omnino, vel pro parte solvisse; cum praesumptio sit pro creditore; nec solutio, utpote res facti, praesumatur (§. 212.). Quare et in hoc casu debitor in carceres conjici potest, nisi ab initio obtulerit omne id, quod postea debitum apparebit, et quidem in certa quantitate (2); cum inanis sit, et captiosa oblatio penitus incerta: atque debitor, qui se solvisse allegat, scire debet, quid, et quantum solverit (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 39. d. def. 14. num. 8., et seqq.*

(2) *Fab. d. definit. 14. num. 11., et seqq.*

(3) *Argum. l. Plurimum 3. princ. et §. 1. ff. de jur., et fact. ignorant.* (22. 6.)

§. 768.

Vix monendum, carceribus, licet fidejussorem idoneum, et locupletem offerat, eximendum non esse reum, qui capitali poenae obnoxius esse possit (1): dari utique potest fidejussor pro delicto jam perpetrato, quatenus ex illo agitur ad poenam pecuniariam (2); non vero pro poena corporali; tum quia nemo membrorum suorum dominus est, tum quia poena suos tenere debet auctores: quamquam fidejussor non secus ac principalis debitor in carceres conjici potest, si non solvat (3).

(1) *L. Divus Pius 3. ff. de custod., et exhibit. reor.* (48. 3.), *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 39. def.* 16.

(2) *L. Si a reo 70. §. ult. ff. de fidejussorib.* (46. 1.). *V. Tom. X. §. 494. pag.* 118.

(3) *D. Tom. X. §. 496. pag.* 118.

§. 769.

Ex his constat, frequentiorem esse satisdationem de judicato solvendo, quam de sistendo; quamquam extra casus, quos commemoravimus de reo, qui peregrinus sit (§. 763.), vel in carceribus detentus (§. 764., et seq.), aut de fuga suspectus (1), cautio judicatum solvi usu fori non desideratur. Sed in utraque cautione usus cujusque loci inspiciendus est (2), et praecipue urbis Principis (3).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num. 10. in fin.*

(2) *§. penul. instit. hoc tit.*

(3) *§. ult. instit hoc tit.*

§. 770.

Cautionis judicio sistendi non eadem omnino conditio est, ac alterius judicatum solvendi. Imprimis cautio de sistendo evanescit morte rei (1), vel fuga, postquam semel stiterit (2): sed perdurat cautio de solvendo judicato; quae et post rei mortem impleri potest (3). Praeterea fidejussor judicio sisti post sententiam liberatus est, non qui promisit judicatum solvi; cum immo, lata sententia, solutio fieri debeat (4).

(1) *L. Si decesserit 4. ff. hoc tit.*

(2) *Fab. cod. de fidejussoribus lib. 8. tit. 28. def. 24. V. Tom. X. §. 501. pag.* 120.

(3) *L. 1. cod. de fidejussorib.* (8. 41.)

(4) *L. Graece 8. §. Et post 3. ff. eod. tit.* (46. 1.)

§. 771.

Inst. l. 4. tit. 11. ff. l. 2. tit. 8. Cod. l. 2. tit. 57. Sed vicissim fidejussor de judicato solvendo liberatur, si mutetur libellus petitionis, actoris, vel rei persona (1), aut judicis, cui partes speciatim se adstrinxerint: nec non si lis mortua, vel perempta sit, quia per triennium deserta, nisi instantia perempta sit per desertionem appellationis (2). Quare actor, cui praestatur cautio de judicato solvendo, curare debet, ut fidejussor promittat in omni instantia, et pro quacumque caussa (3).

(1) *V. Tom. X.* §. 681. *pag.* 161.
(2) *D. Tom. X.* §. 526. *pag.* 126.
(3) *D. Tom. X.* §. 527.

§. 772.

Beneficium ordinis fidejussori de reo sistendo, vel judicato solvendo denegari, alibi demonstravimus (1): atque ad hujus exemplum plures existimant, denegandum quoque beneficium divisionis (2), licet Romanae leges illud concedant (3); ne per actionum divisionem diutius protrahantur judicia.

(1) *V. Tom. X.* §. 549. *pag.* 129.
(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 16. *prop. fin. post alios plures.*
(3) *L. Si ex duobus* 14., *l. ex judicatum* 16. *ff. judicat. solvi* (46. 7.)

§. 773.

Qui se judicio sisti promisit, nec tamen stetit, *vadimonium deserere* dicitur, si ante litem contestatam non veniat: *eremodicium contrahere*, si post litem contestatam: deserto autem vadimonio per reum, actor olim sententiam definitivam adversus reum impetrare non poterat; sed tantum juste desiderabat mitti in possessionem bonorum debitoris (1): quod tamen Imperator Leo deinceps actori concessit (2), ad exemplum rei, qui, actore absente, et tribus edictis citato, post annum petere poterat, ut caussa definiretur (3).

(1) *L. Praetor ait* 2. *ff. quib. ex causs. in possess. eat.* (42. 4.), *Novell.* 53. *cap. Si vero semel* 4.
(2) *Novell. Leon.* 108.
(3) *Novell.* 112. *cap. Omnem vero* 3.

§. 774.

Non dubium sane, quominus tum reus, tum fidejussor de reo sistendo teneatur ad id, quod actoris interest, aestimatione facta ejus temporis, quo reus in judicio sistendus erat (1). Quamquam jure novo, quod Justinianum babet auctorem, post elapsum sistendi tempus adhuc induciae fidejussori dandae sunt, sed non ultra sex menses, intra quos poenam evitet, et praestationem ejus, quod interest, si reum sistat, prout vitare quoque potest, si rei sistendi defensionem post lapsum prioris temporis, sed ante finitas posteriores inducias suscipiat; atque ad finem perducat (2).

(1) *L. Fidejussor* 2. §. *ult. ff. hoc tit.*, *l. Qui autem* 12. §. 1. *ff. Si quis cautionib.* (2. 11.)
(2) *L. Sancimus* 26. *cod. de fidejussorib.* (8. 41.)

§. 775.

Cessat obligatio praestandi id, quod interest, si reus ante diem sistendi decesserit absque culpa, vel facto fidejussoris (1): nec non si reus juste impeditus fuerit, ne in judicium veniret, dummodo, sublato impedimento, paratum se sistere profiteatur (2). Justae autem caussae plures a jureconsultis enumerantur: puta necessitas obeundi muneris municipalis (3), aut testimonii in judicio dicendi (4), adversa valetudo, tempestas, vis fluminis, et similia (5); dummodo sine culpa rei haec contigerint (6); nec speciatim aliquibus ex hisce caussis renunciatum sit (7).

(1) *L. Si decesserit* 4. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Non exigimus* 2. §. *Si quis judicio* 3. *ff. si quis cautionib.* (2. 11.)
(3) *D. l.* 2. §. 1. *ff. si quis cautionib.*
(4) *D. l.* 2. §. *Simili modo* 2.
(5) *D. l.* 2. §. *Si quis judicio* 3., *et seqq.*
(6) *D. l.* 2. §. *penult.*, *et ult.*
(7) *L. Sed, et si quis* 4. §. *Quaesitum est* 4. *ff. eod. tit.*

Inst. l. 4. tit. 11. ff. l. 2. tit. 8. Cod. l. 2. tit. 57.

§. 776.

Dicta haec sunt de reo: quod si actor statuto tempore sui copiam non faciat, reus juste petit, ut jam innuimus (§. 773.), se ab instantia actoris absolvi, atque in expensas litis damnari actorem; qui rursus audiendus non est, nisi refusis impensis (1): quod si caussa per appellationem ad judicem superiorem delata sit, appellatio, reo petente, deserta pronunciatur, ita ut reus amplius nequeat conveniri (2). Morator autem ille quoque habetur, qui in judicium venit, sed non agit, quod agere tenebatur; puta si actor nihil petat, vel reus non respondeat (3).

(1) *L. Et post edictum* 73. §. *Circumducto* 2. *ff. de judic.* (5. 1.)
(2) *L. ult.* §. *Illud etiam* 4. *cod. de temporib., et reparat. appellation.* (7. 63.)
(3) *L. De aetate* 11. §. *Qui tacuit* 4.; *et* §. *Nihil interest* 7. *ff. de interrogat. in jur. faciend.* (11. 1.)

§. 777.

Sed contumax non est, qui citatus ad judicem non competentem non venit, cum obedire non teneretur (1): utique si judex secundum jus commune incompetens sit, vel quia certum tantummodo caussarum genus definire possit, vel ratione territorii, cui impune non paretur (2): si autem reus ex singulari fori privilegio a jurisdictione judicis exemptus sit, pro contumaci habetur, si citatus non veniat, privilegium suum allegaturus; cum judicis sit aestimare, an sua sit jurisdictio, nec ne (3). Hinc tradit Faber semel, et iterum citatum a judice ordinario, si ad diem non compareat, amplius objicere non posse privilegium fori (4); quia approbare intelligitur jurisdictionem, qui per suam contumaciam judicem coegit, ut se rursus vocari jubere debuerit.

(1) *L. Contumacia* 53. §. *ult. ff. de re judicat.* (42. 1.)
(2) *L. ult. ff. de jurisdiction.* (2. 1.), *Fab. cod. de jurisdict. omn. judic. lib.* 3. *tit.* 12. *def.* 4.
(3) *L. Si quis ex aliena* 5. *ff. de judic.* (5. 1.)
(4) *Fab. cod. d. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 3.

§. 778.

Quia autem contumacia ipso jure non inducitur, sed ad instantiam alterius partis praesentis decernitur a judice, qui irrequisitus officium suum impertiri non solet (1), idcirco si nec adversarius judicio sistat, in mora positus non judicatur, qui abfuit; utriusque absentia, ita dixerim, seu potius mora compensata (2).

(1) *L. Properandum* 13. §. *Et si quidem* 2. *fer. in princip. versic. Parte fugiente cod. de judic.* (3. 1.), *L. Ad peremptorium* 63. *ff. eod. tit.* (5. 1.)
(2) *L. Si ambo* 10. §. *Quoties* 2. *ff. de compensationib.* (16. 2.)

§. 779.

Neque contumax creditur, qui procurstorem habet, et per eum se judicio sistit: nisi judex ex justa aliqua caussa decreverit, ut dominus ipse liti adsit; quo tamen casu plures existimant, per procuratorem plenissimo mandato instructum sistere posse, nisi judex aliter statuat (§. 367.). Qui autem ad fines tantum civiles in jus vocatus est, ut ex ore de accusatione respondeat, statim ac responderit, abire sponte potest, nec expectare cogitur, ut a judice dimittatur (1). Quid de caussis criminalibus sentiendum sit, supra expendimus (§. 368. ad 370.).

(1) *Fab. cod. de in jus vocand. lib.* 2. *tit.* 2. *def.* 11.

Inst. l. 4. tit. 11. ff. l. 2. tit. 8. Cod. l. 2. tit. 57.

§. 780.

Caeterum non statim pro contumace habendus, qui praefinita die nec per se, nec per procuratorem in judicium venit, cum justas habere possit excusationis caussas (§. 775.): immo morae purgatio, refusis utique expensis, ante latam definitivam sententiam non aegre admittitur (1): atque nullas contumaciae poenas patitur, qui tardius utique, sed judice adhuc pro tribunali sedente se sistit (2).

(1) *Reg. Constit. lib. 3. tit. 5. §. 6.*

(2) *L. penult. ff. de in integr. restit.* (4. 1.)

§. 781.

Quae hactenus pertractavimus, pertinent ad eum casum, quo quis per se in judicio sistat, sive agendo, sive defendendo: si vero procuratoris opera utatur, prout apud nos cautum (§. 356.), legitimo mandato instructus esse debet procurator, vel de rato cavere, si de mandato dubitetur (1), aut de conjunctis personis agatur, quas sine mandato agere, et defendere patiuntur Romanae leges, ut supra diximus (2).

(1) §. *Sin autem* 3., §. 4., *et* 5. *institut. hoc tit.*

(2) *V. supra* §. 366., *et seqq.*

§. 782.

Pro hujus tituli coronide quaedam subjicienda putamus ex Fabro, utpote ad praxim accommodata; videlicet de loco praestandae satisdationis; de modo, quo praestanda est; de personis, quibus incumbit satisdandi necessitas; atque de caussis, propter quas satisdandum est. Quod pertinet ad locum, generalis regula est, fidejussorem dandum esse in ea provincia, in qua quis dare jussus est; etiamsi reus bona immobilia habeat in eadem provincia (1); quia ubi satisdatio necessaria est, nec pignora admittuntur, nec juratoria cautio (2). Immo nec aliud erit, si Fabro assentimur, licet is collaudatorem det in provincia; quippequi nonnisi in defectum fidejussoris tenetur; vel etiamsi injuncta proponatur satisdatio in executionem judicati pro debito, quod extra provinciam solvi debuerit (3).

(1) *L. Si fidejussor* 7. §. 1. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 39. *def.* 22. *in princip.*

(2) *L. Praetoriae* 7. *ff. de stipulat. praetor.* (46. 5.)

(3) *Fab. d. def.* 11. *num.* 7. *et seqq.*

§. 783.

Quia tamen ab aequitate alienum est, ut quis jus suum amittat, quia fidejussorem dare non potest, etsi maxime velit (§. 760.), quemadmodum animadvertit idemmet Faber (1); atque Ulpianus tradit, audiendum esse eum, qui in alia provincia, fidejussorem dare paratus sit, si in ea provincia, in qua convenitur, dare non possit, cum necessaria est satisdatio, seu a judice decreta (2), idcirco, si constet, adversarium satisdandi necessitate oneratum omnem adhibuisse diligentiam, ut fidejussores inveniret, nec invenire potuisse, vel cautio juratoria admittenda, vel pignora, aut fidejussor in alia provincia probandus (3); potissimum, si per pignus abunde cautum sit creditori (4): ne summum jus in summam injuriam vertatur.

(1) *Fab. cod. hoc tit. definit.* 8. *in princip.*

(2) *D. l. Si fidejussor* 7. §. 1. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 7. §. 1. *V. Tom. X.* §. 401. *pag.* 97.

(4) *Fab. cod. hoc tit. def.* 12.

§. 784.

Praestanda est satisdatio plerumque adversario praesente, aut saltem vocato (1), ut alleget, si quas habeat exceptiones adversus fidejussorem, puta, quia minus idoneus sit facultatibus, conveniendo difficilis, aut fori privilegio gaudens (2): attamen satisdatio, quae praestari solet pro executione instrumenti, ut ajunt, guarentigiati, etiam

inaudito adversario praestari potest (3), tum quia instrumenta haec ex trito axiomate vim habent sententiae et condemnationis; tum quia reus admonitus fugere posset, et condemnationem evadere.

Inst. l. 4. tit. 11. ff. l. 2. tit. 8. Cod. l. 2. tit. 57.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 39. def. 1. num. 6., et seqq., et def. 13. in princip.*

(2) *L. Fidejussor 2., l. Si fidejussor 7. ff. hoc tit.*

(3) *Fab. cod. hoc tit. d. def. 13. num. 5., et seqq.*

§. 785.

Aliquando praestanda est satisdatio de non offendendo, cum nempe probantur minae atroces, praesertim ab eo factae, qui minas exequi soleat (1): quod si quis jussus sit non tantum satisdare, sed et in perpetuum exilium ire, atque prae inopia nec fidejussores, nec pignora dare possit, placuit Sabaudo Senatui, jubendum eum sub ultimi supplicii comminatione statim patria decedere; ita ut nec modicum tempus, licet postulet, ei indulgendum sit ad colligendas sarcinulas (2), quod aliis relegatis ex humanitate concedi solet, et debet (3); ne quid interim comminiscatur in necem illius, cujus saluti judex prospicere voluit.

(1) *V. Tom. X. §. 399. pag. 96.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 39. defin. 6.*

(3) *Argum. l. Ab hostibus 15. §. ult. ff. ex quib. causs. major.* (4. 6.)

§. 786.

Quoad personas, quibus satisdandi onus incumbit, referri potest curator absentis bonis datus; ut enim absenti quandoque reversuro consultum sit, judex exigere debet satisdationem a curatore potissimum inope; futurum alioquin, ut judex ipse in subsidium teneatur (1). Legatarius quoque, cui pecunia, vel alia res mobilis legata sit ad aliquid faciendum, audiendus non est, nisi satisdet se id facturum (2). Quod si judex aliquem condemnet, sed sub onere cautionis restituendi (prout fieri debet, quoties imminet periculum, ne victor in alio judicio condemnetur (3), vel victus alterum indemnem servare tenetur, puta mulierem de dote (4)), quod judicari contigerit, cautio juratoria sufficere potest, si fidejussores non inveniat cavere jussus: nisi utrique parti consuli possit, remisso fundo apud tertium, qui fructus percipiat, et victori caventi tradat (5).

(1) *Argum. l. 1., et pass. ff. de magistratib. conveniend.* (27. 8.), *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 39. defin. 18.*

(2) *L. Quibus diebus 40. §. ult. ff. de condit., et demonstrat.* (35. 1.), *Fab. cod. hoc tit. defin. 19.*

(3) *L. Is, a quo 57. ff. de rei vindic.* (6. 1.)

(4) *Argum. Novell. 4. cap. ult. in fin. princip.*

(5) *Argum. l. Si fidejussor 7. §. 1. ff. hoc tit.*

§. 787.

Sed satisdare non tenetur venditor, qui sive sponte, sive coactus suscipiat defensionem fundi pro emptore, hypothecaria, vel rei vindicatione convento (1); tum quia id nulla lege cautum est; tum quia hic rem propriam defendere videtur (2), cum de evictione teneatur: adeoque ad ipsum non pertinet, quod de procuratoribus sine mandato defendentibus constitutum est (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 39. defin. 5.*

(2) *L. Si cum venditor 66. §. Si secundus 2. ff. de evictionib.* (21. 2.)

(3) *L. unic. cod. hoc tit.*

§. 788.

Neque satisdandi onus incumbit filio legitimo, cui, lite pendente, certa quantitas pro alimentis, et sumptibus litis ex paternis bonis adjudicatur provisionaliter, ut ajunt (1); quia alimenta haec, et sumptus ita debentur, ut vix unquam repeti possint;

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 19.

iisque facile careret, si nonnisi sub conditione satisdationis ea obtinere posset; cum vix inveniat fidejussorem, qui nulla habet bona: quinimmo idem favor tribuendus est filio naturali, qui ab intestato petat portiunculam successionis (2), sive quantitatem sibi testamento relictam (3); cum alimenta naturali quoque filio ex aequitate debeantur, prout alibi demonstravimus (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 39. *defin.* 7. *in princip.*

(2) *De qua in Auth. Licet patri post L Humanitatis* 8. *cod. de natural. liber.* (5. 27.)

(3) *Fab. d. defin.* 7. *num.* 3.; *et* 4.

(4) *V. Tom. I.* §. 561. *pag.* 202.

§. 789.

In caussis beneficialibus non solet Senatus, ait Faber, condemnare illum, pro quo vindicia dixit, ad praestandam satisdationem de fructibus beneficii restituendis adversario, fortassis tandem victoriam litis habituro, neque si condemnatus nova instrumenta proferat ante judicati executionem (1), licet alias praestanda sit haec cautio pro executione provisionalis sententiae etiam a Senatu latae (2); quia pro possessore bonae fidei habendus sit, qui auctore Senatu possidet. Si tamen suspicio sit, ne tandem succumbat, qui nunc obtinet, atque publice intersit, ne jaceat beneficii possessio, cautio exigitur (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 39. *defin.* 2. *in princip.*

(2) *Argum. l. ult. cod. de ordin. cognition.* (7. 19.), *Fab. d. defin.* 2. *alleg.* 1.

(3) *Fab. d. defin.* 2. *in med.*, *et defin.* 20.

§. 790.

Postremo, etsi agatur ex instrumento authentico, et guarentigiato, ut ajunt, seu cujus vi competit exactio sine strepitu, et figura judicii, attamen ante sententiam, et condemnationem non potest debitor praecise cogi ad solvendum, nisi oblata per creditorem satisdatione (1): ne judicium incipere videatur ab executione, quod jura non sinunt (2). Excipit Faber casum, quo obtentae sint a Principe litterae, quas de debitis appellant; quarum vi instrumentum sine satisdationis onere paratam habet executionem (3). Haec autem cautio, cum eam praestari opus est, inaudito etiam adversario praestari potest (§. 784.)

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 39. *defin.* 1. *in princip.*, *et defin.* 13., *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 22. *cap.* 6. §. 1., 2., *et* 3.

(2) *L. Si cum nulla* 58. *ff. de re judicat.* (42. 1.), *l.* 1. *cod. de execut. rei judicat.* (7. 53.)

(3) *Fab. d. defin.* 1. *num.* 3., *et seqq.*, *et d. defin.* 13. *num.* 8., *et seqq.*

TITULUS XVII.

De probationibus.

Instit. lib. 4. tit. 6. *De actionib.*
Digest. lib. 22. tit. 3. *De probat.*, *et praesumptionib.*
Cod. lib. 4. tit. 19. *De probationib.*

SUMMARIA.

Cur de probationibus ante exceptiones agendum sit? §. 791.
Quae de probationibus sint investiganda? §. 792.
Probatio est argumentum, quo facti dubii fides fit. §. 793.

Probandum est jus, si de eo dubitetur. Facta notoria sufficit allegare. §. 794.

Probatio alia dicitur artificialis, alia inartificialis. §. 795.

Probatio dividitur in ordinariam, et extraordinariam, in plenam, et minus plenam. §. 796., *et* 797.

Inst. l. 4 tit. 6. ff. l. 22. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 19.

Probationum minus plenarum aliae magis, aliae minus urgent. Prudens judicis arbitrium in probationum vi maxime versatur. §. 798., *et* 799.

Probationes leviores sufficiunt in rebus, quae difficile probantur: gravioris momenti res graviora desiderant probationum argumenta. §. 800.

Probationes probationibus aliquando jungi debent, indicia indiciis. Quid de confessione extra judicium, et parte absente facta, cui consentiat unus testis? §. 801.

Quae sint dubia ad fidem faciendam argumenta? §. 802.

Fama publica nec semiplene probat. Quid de fuga suspecti? §. 803.

Verbis enunciativis judicis non creditur, nisi de illis, quae coram ipso fiunt, cum pronunciat. §. 804.

Apparitori extra terminos officii referenti fides non adhibetur. Quid si jussus ad inquirendum de delicto suspectus allegetur? §. 805.

Notarii assertio plene tantum probat ea, quae inter contrahentes geruntur coram ipso, cum actus celebratur. §. 806.

Clausulae notariorum ex stylo apponi solitae plenam fidem non faciunt. §. 807.

Enunciativa verba Principis maxime in antiquis plenam fidem faciunt, etiam inter alios. Quid si narretur, aliquem rebellem fuisse, nec de crimine aliunde constet? §. 808.

Verba enunciativa privatorum facilius probant in ultimis voluntatibus, quam in contractibus. §. 809., *et* 810.

Quid si verba enunciativa apposita sint in contractu celebrato cum Principe? §. 811.

Litterae judicis, alteriusvè personae publicae fidem faciunt, dummodo subscriptae sint. Quid de calendariis monasteriorum, et libris, qui sint in archiviis alicujus universitatis? §. 812., *et* 813.

Libri privatorum per se non probant favore scribentis. Quid de assertione defuncti in testamento facta? §. 814.

Qui libros pro se producit, eos in totum probare videtur. Quid de libris ex necessitate officii conscriptis? §. 815.

Libros probare non videtur, qui eos exhiberi postulat: utique, qui ab alio coeptum perficit? §. 816.

Libri exactorum etiam pro scribente probare possunt. §. 817.

Mercatorum libri semiplenam fidem faciunt. Quid de libris proxenetarum? §. 818., *et* 819.

Virgini asserenti se ab aliquo cognitam an fides adhibeatur? §. 820.

Quid de inscriptionibus, titulis, insignibus, identitate nominis, et purgationibus vulgaribus? §. 821.

Ocularis inspectio quibus casibus permittatur? §. 822.

Bona probantur feudalia, vel emphyteuticaria ex unica recognitione. Quid de instrumentorum allegata amissione? §. 823.

Insinuatio, et quilibet actus legitimus plerumque per scripturam probari debet. An quinque testibus, vel jurisjurandi delatione scripturae probatio suppleri possit? §. 824.

An clericatus per scripturam omnino probari debeat? §. 825., *et* 826.

Quid de titulo in beneficialibus? §. 827.

Quid de laesione per testes probanda? §. 828.

Minor aetas plene non probatur contra tertium ex eo, quod alicui curator tamquam minori datus sit. §. 829.

Actor intentionem suam probare debet, reus exceptionem. §. 830.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 19.

An judex possit, si nec actor, nec reus probent, neque se ad probandum admitti petierint, eos ex officio admittere? §. 831.

Probare generatim debet, qui praesumptionem contra se habet: puta haeres exhaeredationem rite factam fuisse. Quid de mutatione voluntatis? §. 832.

Duplex scriptura duplicis legati praesumptionem inducit. Quid de duabus liberationis apochis? §. 833.

Quid de absentia, mentis sanitate, tempore, vel casu fortuito? §. 834.

Probationes fieri debent intra tempus continuum a lege, vel a judice constitutum. §. 835.

Probatum habetur, quod statim maxime per jusjurandum probari potest. §. 836.

Probandum regulariter est post litem contestatam ante conclusionem in caussa. Quid si auctor in tertia tantum instantia laudetur? §. 837.

Testes ad futuram rei memoriam aliquando audiuntur ante litem contestatam, citato tamen adversario. §. 838., *et* 839.

Testes ad futuram rei memoriam apud nos, nonnisi facultate a Senatu obtenta, interrogare licet. §. 840.

Qui testes ad futuram rei memoriam, actore, vel reo urgente, interrogari possint? §. 841., *et* 842.

Testes ad futuram rei memoriam, lite jam contestata, facilius audiuntur. §. 843.

An judex facultatem indulgens audiendi testes senes, valetudinarios, vel proxime abfuturos, certus esse debeat de eorum conditione? §. 844.

§. 791.

Explicata satisdationum materia, Justinianus novam actionum divisionem proponit, quarum aliae perpetuae sint, aliae temporales: sed de his supra locuti sumus, cum de actionibus generatim agebamus (1). Absoluto actionum argumento, Imperator progreditur ad exceptiones, quae actionibus opponuntur: verum, quia non sufficit actionem in judicio instituere, nisi actionis fundamentum probetur; ita ut ex trito axiomate, reus, actore non probante, absolvatur (2), idcirco opportunum ducimus prius disserere de probationibus, postea de diversis exceptionum generibus verba facturi: atque, ut unaquaeque res facilius percipiatur, prius de probationibus in genere, tum seorsim de praesumptionibus agemus. Quibus explicatis, praecipua argumentorum genera, quibus ab probandum utimur, expendemus.

(1) *V. supra* §. 330., *et seqq.*

(2) *L. Qui accusare* 4. *cod. de edend.* (2. 1.)

§. 792.

Haec sunt in hoc titulo explicanda: 1. Quid sit probatio: 2. Quotuplex: 3. Quibus modis probatio fiat, seu quibus argumentis facti veritas potissimum in judicio demonstretur: 4. Cui incumbat probandi onus: 5. Quo tempore probatio fieri debeat.

§. 793.

Probatio, quae a Cujacio definitur, intentionis suae legitima fides, luculentius ab aliis definiri videtur argumentum, quo facti dubii fides fit; *argumentum* dicimus, quod suppeditant instrumenta, testes producti ad fidem intentionis faciendam: *factum* probatur, non jus, quod judici notum est, vel esse debet (1): solius autem facti *dubii* fides desideratur; quae etenim perspicua sunt, seu, ut ajunt, *notoria*, probatione non indigent (2).

(1) *L.* 1. §. *Quorum* 4. *ff. ad S. C. Turpilian.* (48. 16.), *l. Ordine* 15. *in fin. princip. ff. ad municipal.* (50. 1.)

(2) *Argum. l.* 1. *in fin. ff. de actionib. empti* (19. 1.), *l.* 1. §. *Furiosum* 12. *ff. de obligat., et actionib.* (44. 7.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *defin.* 15., *ubi de regulis cancellariae.*

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 3. Cod. l 4. tit. 19.

§. 794.

Si tamen de jure dubitetur, tunc omnino probandum est, puta si lex minime promulgata dicatur, consuetudo neutiquam inducta (1): vel si quis alleget, adversarium suum aliquo jure prohibitum esse (2), puta advocatum, ne postulet (3). Facta autem notoria, licet probanda non sint, allegari tamen debent, ut adversarius, si malit, contendere possit, et notorium negare, quod tale asseritur (4).

(1) *L. Cum de consuetudine* 34. *ff. de legib.* (1. 3.)

(2) *L. Ab ea parte* 5. *ff. hoc tit.*

(3) *L.* 1. *ff. de postuland.* (3. 1.), *l. Si qui* 5. *cod. eod. tit.* (2. 6.)

(4) *V. Ab-Eccles. observat.* 55. *per tot.*

§. 795.

Argumenta, quibus rei dubiae fides fieri potest, alia dicuntur *artificialia*, quaedam *inartificialia:* unde et probatio alia vocatur *artificialis*, alia *inartificialis.* Artificialia argumenta sunt ea, quae ex re, seu facto ipso trahuntur; artificialia idcirco dicta, quia arte, et industria eruuntur: veluti a caussa, ab effectibus, vel instrinsecis rei adjunctis; unde et *insita* haec argumenta dicuntur, quia negotio ipsi insunt. Inartificialia, quae et assumpta vocantur, argumenta ea sunt, quae extrinsecus ad fidem faciendam adhibentur, veluti instrumenta, testes, jusjurandum, confessio adversarii, praesumptiones, seu praejudicia.

§. 796.

Probatio ab argumentis, quibus facti fides fit, dividitur in ordinariam, et extraordinariam: ab efficacia in plenam, et minus plenam, seu, ut loquuntur pragmatici, semiplenam. Ordinaria illa est, quae fit per instrumenta, vel per testes: extraordinaria fit per jusjurandum, et confessionem adversarii, sive sponte emissam, sive quaestione extortam. Probatio, quae fit per ocularem, ut ajunt, inspectionem, ad ordinariam referri potest, quatenus periti et judex testium vicem sustinent; ad extraordinariam vero, quatenus, nonnisi caeteris deficientibus, admitti solet.

§. 797.

Probatio plena dicitur, quae certam fidem facit; ita ut judex ea instructus sententiam tuto ferre possit. Minus plena, seu semiplena illa est, quae certam omnino fidem non facit, nec satis instruit judicem, ut sententiam ferat. Semiplena autem probatio ex duplici capite esse potest; vel quia argumenta per se satis firma non sint, puta si unus tantum adsit testis; vel quia argumenta, tametsi ex una parte certa videantur, contrariis tamen infirmantur: atque ideo judex in ancipiti haeret; cum probatio ex vulgato axiomate probationem enervet (1).

(1) *L. Imperatores* 29. §. 1. *ff. hoc titul.*

§. 798.

Plane probationum, quae minus plenae sunt, non eadem conditio est; aliae enim magis, aliae minus urgent, et animum judicis instruere aptae sunt: atque ideo quandoque jusjurandum in supplementum probationis admittitur, quandoque non, prout suo loco explicabimus. Atque interdum plena probatio uni videri potest, quae alteri semiplenae tantummodo vim habere videtur. Hinc scite rescripsit Imperator Hadrianus: *Quae argumenta, ad quem modum probandae, cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest: sicut non semper, ita saepe sine publicis monumentis, cujusque rei veritas deprehenditur: alias numerus testium, alias dignitas, et auctoritas, alias veluti consentiens fama confirmat rei, de qua quaeritur, fidem* (1). Haec potissimum spectant probandi modum, seu argumenta.

(1) *L. Testium fides* 3. §. *Ejusdem quoque* 2. *ff. de testib.* (22. 5.)

§. 799.

Prosequitur Imperator de argumentorum vi pro ingeniorum diversitate. *Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim; non utique ad unam probationis speciem co-*

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 19.

gnitionem statim alligari debere; sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris (1): quibus verbis innuit Imperator, argumenta, quae satis firma ad veritatem demonstrandam uni videantur, ab alio infirmiora existimari: adeoque diligenter haec inspicere debet judex, ne rejicienda admittat, vel admittenda perperam rejiciat.

(1) *D. l. Testium fides* 3. §. 2. *in med. ff. de testib.* (22. 5.)

§. 800.

De probationibus, quae fiunt per instrumenta, seu scripturas, per testes, jusjurandum, confessionem adversarii, cum in Pandectis, et Codice speciales titulos habeant, seorsim dicemus: reliquas vero in hoc titulo expendemus. Sed duo hic animadvertenda sunt. Imprimis leviores admittuntur, et sufficiunt probationes in rebus, quae difficile probantur (1), puta dolus, et simulatio (2), utpotequae in animo consistant: quare doli probatio est in arbitrio judicis pro locorum, temporum, et personarum diversitate (3); qui tamen in dubio pro instrumento pronunciare debet; nec doli exceptionem admittere, nisi ex gravissimis indiciis (4). Sed quae gravioris momenti sunt, graviora quoque probationum argumenta desiderant (5).

(1) *L. Non omnes* 5. §. *A Barbaris* 6. *ff. de re militar.* (49. 16.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *titul.* 14. *def.* 12., *et* 13.

(3) *Fab. cod. hoc tit. def.* 60. *in fin.*

(4) *Fab. cod. hoc tit. def.* 51.

(5) *L. Ad probationem* 22. *cod. hoc titul.*

§. 801.

Praeterea, cum certa alicujus rei singularia argumenta non suppetunt, probationes probationibus jungendae sunt, indicia indiciis, puta confessio ejus, cujus interesse potest, testes etiam de auditu, fides librorum, in quibus referatur id, de quo quaeritur, epistolae, et similia, ut alibi diximus agentes de probanda filiatione (1). Hinc, licet confessio extra judicium, et parte absente facta nonnisi semiplene probet (2), si tamen adsit testis, qui de rei veritate testificetur, benignius est jungi utramque probationem, ut ex duabus semiplenis una plena fiat, de qua dubitari non possit (3).

(1) *V. Tom. I.* §. 461., *et* 462. *pag.* 174.

(2) *L. Certum* 6. §. *Si quis absente* 3. *ff. de confess.* (42. 2.)

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *definit.* 66.

§. 802.

Hisce praemissis, quaedam argumenta sunt, de quibus dubitari potest, an et quousque fidem faciant, nimirum fama publica, fuga suspecti, assertio enunciativa judicis, notarii, Principis, vel cujuscumque privati; litterae, libri acceptorum, et expensorum, vel mercatorum, inscriptiones, tituli, insignia, identitas nominis: ocularis, ut ajunt, inspectio, professio, et recognitio.

§. 803.

Fama publica ex communi sententia nec plene probat, nec semiplene (1), sed indicium dumtaxat praebet, quo judex in criminalibus pleniorem rei investigationem instituat (2): *consentiens tamen fama confirmat rei, de qua quaeritur, fidem* (3). Idem dicendum de fuga (4): ex trito axiomate nemo pati tenetur, ut injuria, vel jure in carcerem conjiciatur: si tamen quis vi publici officii in loco remanere debeat, et fugiat, graviorem criminis suspicionem injicit (5).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 4.

(2) *L. Congruit* 13. *ff. de offic. praesid.* (1. 18.), *l. Tutor quoque* 3. §. *Praeterea* 4. *ff. de suspect. tutoribus* (26. 10.)

(3) *L. Testium fides* 3. §. *Ejusdem* 2. *ff. de testibus* (22. 5.)

(4) *Novell.* 53. *cap. Si vero* 4., *l. Impuberibus* 7. §. *Praeterea* 2., *et seq. ff. de suspect. tutorib.*, *l.* 1., *l. Annus* 4. *ff. de requir. reis etc.* (48. 17.)

(5) *L. Consiliarios* 3. *cod. de adsessorib.* (1. 51.), *junct. l. unic. cod. ut omn. judic.* (1. 49.). *V. Mascard. de probat. V. Fuga conclus.* 820. *ad* 823.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 3 Cod. l. 4. tit. 19.

§. 804.

Verbis enunciativis judicia de litigatorum facto, aut jure non credimus, ait Faber, nisi de iis, quae coram ipso fiunt, cum pronunciat, sicuti neque notario, aut scribae judicis dicenti, mandatum sibi fuisse testium audiendorum potestatem, si aliunde mandato non appareat (1). Si ergo judex per sententiam asserat, se vidisse instrumentum ab actore productum, quo continebatur, res actione depositi petitas penes reum depositas fuisse, negari quidem non potest, quin instrumentum productum, et visum fuerit, non tamen probatur factum depositum, si alia non concurrant adminicula (2); vel si longum tempus a sententia non praeterierit, ex quo omnia rite gesta praesumuntur (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 7. *in fin.*
(2) *Fab. d. def.* 7. *in princ.*
(3) *Fab. d. def.* 7. *allegat.* 3.

§. 805.

Multo minus fides adhibenda est apparitori referenti eum, quem, instante creditore, in jus vocaverit tamquam fidejussorem confessum se fidejussisse, si postea ille neget (1): res haec egreditur terminos officii apparitoris: proinde aliis argumentis probanda est. Jussus a magistratu, vel inferiore judice ad inquirendum de delicto, licet ab eo appelletur, tamquam non habente potestatem, vel tamquam suspecto, inquirere tamen debet; atque judicis erit aestimare, quae fides ipsi referenti adhibenda sit; alioquin aperiretur via eludendi magistratus, et facile perirent probationes delictorum, quae patefieri publice interest (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 28.
(2) *Fab. cod. hoc tit. def.* 37.

§. 806.

Notarii assertio ex unanimi pragmaticorum sententia plenam tantummodo fidem facit de illis, quae inter contrahentes geruntur, non de aliis (1): dummodo coram ipso fiant, cum celebratur actus, de quo rogatus fuit, et incontinenti; ita ut nec ei credendum sit, si hodie dicat, se heri vidisse numerationem pecuniae, quia tempore numerationis non fuit rogatus; adeoque nonnisi tamquam privatus de ea testari potest (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 26. *in fin. V. Osasc. dec.* 172.
(2) *Fab. d. def.* 26. *allegat. ult.*

§. 807.

Hinc, ut alibi diximus (1), licet notarius affirmaverit, testatorem sanae mentis fuisse, cum suprema ordinaret, contraria tamen probatio admittitur citra falsi accusationem, cum clausula haec potius adjecta censeatur ex stylo notariorum: non secus ac aliae clausulae, quibus exprimere solent notarii, neque dolo, neque vi, neque metu aliquid gestum fuisse: aut mulierem certioratam de vi Senatusconsulti Vellejani, cujus exceptioni renunciavit: quo tamen casu mulieri contrarium asserenti onus probandi incumbit (2), cum adversus ipsam stet praesumptio (3). Quinimmo, licet notarius scripserit in praefatione, aliquem codicillos facere voluisse, non tamen codicilli facti judicabuntur, si testamento magis, quam codicillis congruant, quae in ea scriptura continentur (4): plus valet, quod agitur, quam quod agi dicitur (5).

(1) *V. Tom. V.* §. 1415. *pag.* 369.
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *d. def.* 26. *in princ., et num.* 5.
(3) *L. Ab ea parte* 5. *princ., et* §. 1., *l. Quoties* 18. *ff. hoc tit.*
(4) *Fab. d. def.* 26. *num.* 4.
(5) *L.* 1. *cod. plus valer. quod agit.* (4. 22.)

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 19.

§. 808.

Enunciativa Principis verba, potissimum in antiquis, plenam fidem faciunt etiam inter alios (1): non tamen, si narretur aliquem rebellem fuisse, nec de rebellione aliunde appareat (2); cum enim gravissimae adversus rebelles poenae constitutae sint (3), et Princeps fraudibus impiorum, et calumniantium falli possit, qui veritate cognita aliud narraturus esset (4), verba haec eo trahi non debent, ut injuriarum occasio inde nascatur, unde profluunt jura (5).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 67. *num.* 1.
(2) *Fab. d. def.* 67. *in princip. V. Osasc. dec.* 122. *num.* 4.
(3) *Nempe amissionis omnium bonorum, et privilegiorum.*
(4) *Argum. l. ult. cod. de divers. rescript.* (1. 23.)
(5) *L. Meminerint* 6. *cod. unde vi* (8. 4.)

§. 809.

Pertinent haec ad verba enunciativa eorum, qui publico munere, vel jure funguntur: quoad caetera distinguunt pragmatici ultimas voluntates a contractibus. Facilius probant in ultimis voluntatibus, quia facilius, et frequentius inducunt dispositionem (1), quam in contractibus, in quibus non disponunt, nisi a presenti dicta sint (2); contra in ultimis voluntatibus unice inspicitur, in quem testantis intentio dirigatur (3); atque disponere censentur, dummodo conferantur in tempus praeteritum, per se, non incidenter (4).

(1) *L. Publia* 26. §. 1. *ff. depositi* (16. 3.)
(2) *L. Non solum* 49. §. *ult. in fin. ff. de pecul.* (15. 1.), *l. Nuda ratio* 26. *ff. de donat.* (39. 5.)
(3) *L. Miles* 75. *l. Cum pater* 77. §. *Donationis* 26. *in fin. ff. de legat.* 2. (31. 1.)
(4) *L. Ex hac scriptura* 16. *ff. de donat.*. *V. Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 23. *in princip.*

§. 810.

Sane verba enunciativa etiam in contractibus, licet non disponant, probare tamen possunt inter easdem partes, inter quas prolata fuerunt (1), immo etiam inter alios in antiquis, ut ajunt (2); ita ut contrariae probationis onus transferant in adversarium (3), contra quem stat praesumptio: vel in rebus, quae difficilis sunt probationis, puta filiatio (4); nobilitas ex antiquis familiae instrumentis probatur, potissimum si aut coram Principe, aut apud Principis rationales instrumenta illa conscripta proponantur (5).

(1) *L. penult. cod. de contr., et commit. stipulat.* (8. 38.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 23. *prop. fin.*
(2) *Fab. d. def.* 23. *in fin.*
(3) *Fab. cod. hoc tit. def.* 6. *in princ.*
(4) *Fab. d. def.* 6. *in fin., et alleg. ult., et def.* 28.
(5) *Fab. cod. hoc tit. def.* 27.

§. 811.

Quinimmo recte monet Faber, verba enunciativa apposita in contractu celebrato cum Principe generatim probare, si verosimile sit, quod enunciatur (1): puta si maritus dicatur contraxisse ex mandato uxoris, de quo aliunde non constat (2); licet enim mandatum plerumque non praesumatur, non tamen probabile est, Principem contracturum fuisse cum eo, qui se mandatum habere ait, nisi viso mandato; Princeps non praesumitur ignorare jura, quae habet in scrinio pectoris (3).

(1) *L. ult. in princip. ff. quod met. causs.* (4. 2.)
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *titul.* 14. *def.* 63.
(3) *L. Omnium* 19. *cod. de testament.* (6. 23.)

§. 812.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 19.

Litterae judicis, vel alterius publicae personae, Episcoporum, Abbatum, et similium, dummodo subscriptae ab eo, cujus nomen praeferunt, vel ab ejus amanuensi, aliove mandatum subsignandi habente, fidem faciunt (1): quod receptum tum propter scribentis auctoritatem, tum ad publicam utilitatem, ut lites minuantur (2). Kalendaria monasterii, potissimum in antiquis, probant solutiones annuarum praestationum favore monasterii (3), tum favore piae caussae, tum antiquitatis veneratione.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *defin.* 19., *et* 20.

(2) *Fab. d. defin.* 19. *allegat. ult.*

(3) *Fab. cod. hoc tit. defin.* 58.

§. 813.

Libri acceptorum, et expensorum reperti in archiviis monasterii probant quoque favore monasterii, immo et contra tertios in antiquis (1): atque idem ex identitate rationis dicendum de libris, qui in cujuscumque alterius universitatis archiviis existant. Quod spectat ad caeteros libros, generalis traditur regula, eos per se non probare favore scribentis, nisi publicam fidem habeant, vel habere videantur, utique vero contra ipsum (2); *exemplo perniciosum est*, scite rescribit Gordianus, *ut ei scripturae credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit* (3). *Unde*, subjicit Imperator, *neque fiscum, neque alium quemlibet ex suis subnotationibus debiti probationem praebere posse oportet* (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *defin.* 61., *Osasc. decis.* 69. *num.* 5., *ubi de instrumentis repertis in archivio Principis.*

(2) *L. Instrumenta* 5. *cod. hoc tit.*

(3) *L. Exemplo* 7. *cod. hoc tit.*

(4) *D. l.* 7. *in princ.*

§. 814.

Igitur libri, qui privata tantum fide nituntur, pro scribente per se non probant, nec pro scribentis haeredibus, quemadmodum nec probat assertio defuncti testamento facta pro haeredibus (1); immo nec contra ipsos, nisi jurejurando firmata sit (2): nimirum si testator asseruerit etiam adjecto jurejurando sibi deberi centum a Titio, haec assertio non probat debitum Titii, sed si, cum Titius deberet ducenta, testator dixerit cum jurejurando, centum dumtaxat debere, haeredes huic assertioni stare tenentur, non tam in vim assertionis, quam praesumptae legatae liberationis (3).

(1) *L. Rationes* 6. *cod. hoc tit.*

(2) *Auth. seq. Quod obtinet, post. d. l.*

(3) *Argum. l. Cum pater* 77. §. *Filius* 23. *ff. de legat.* 2. (31. 1.)

§. 815.

Sed superior regula (§. 813.) exceptionem habet, si pars adversus libros probaverit, et produxerit pro parte exonerationis contra scribentem: potissimum si quaestio sit de libro confecto ex necessitate officii; quia propter officii unitatem contenta in libro videntur ita connexa, ut separari non possint; ita ut una pars tendat ad perfectionem alterius (1). Immo, si scribens notae sit probitatis, et famae, aliaque concurrant indicia, aliquando fides adhiberi potest libris ab eo scriptis ejusdem favore (2).

(1) *Argum. l. penult. cod. de re judicat.* (7. 52.)

(2) *Mascard. de probat. conclus.* 976. *num.* 3.

§. 816.

Sed quid, si adversarius libros ab altero scriptos exhiberi postulaverit? Non ideo eos approbare censetur; cum exhibitio eo fine fieri possit, ut contra scribentem argumenta ex libro eruantur (1). Approbasse potius videtur prius scripta, qui librum ab alio conscribi coeptum perficit, seu in eo scribere pergit (2). Potiori ratione ab utro-

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 19.

que probatus videtur liber, qui ab utroque diversis temporibus, sed communi consensu scriptus proponitur.

(1) *L. Non omnis* 19. *ff. de reb. credit.* (12. 1.)

(2) *Argum. l. Ita autem* 5. §. 1. *ff. de admin., et peric. tutor.* (26. 7.), *V. Ab-Eccles. observ.* 50. *num.* 15. *ad* 19.

§. 817.

Diximus, librum pro scribente non probare, nisi publicam fidem habeat, vel habere videatur (§. 813.). Publicam fidem habent libri scripti ex officio, puta ab exactore tributorum, utique quoad ea, quae ad officium pertinent, maxime si nec lucrum, nec damnum inde habeat, qui ex officio scripsit (1): ita passim receptum, suadente publica utilitate, ne facile convellatur fides eorum, qui publico munere funguntur in rebus, quas ex officio gerunt; licet aliud jure Romano obtinuisse videatur (2).

(1) *Mascard. de probat. conclus.* 976. *num.* 34. *ad* 36.

(2) *L. Exemplo* 7. *cod. hoc tit.*

§. 818.

Quod pertinet ad libros mercatorum, an pro ipsis probent, non una est omnium sententia. Plerique tamen putant, plene non probare (1), nisi constet de mercatoris integritate (2), vel alia adsint indicia, veluti ex dicto testium, qui alioquin plene non probarent: quo casu, si judici videatur, jusjurandum mercatori in supplementum probationis deferri potest (3).

(1) *D. l. Instrumenta* 5., *l. Exemplo* 7. *cod. hoc tit.*

(2) *Mascard. de probat. d. conclus.* 976. *num.* 14.

(3) *Mascard. d. loc. num.* 12., *Ab-Eccles. observat.* 50. *in fin.* ✠

§. 819.

Huic sententiae fere consonat jus regium, quo nunc utimur; eo quippe cautum, ut libri mercatorum, et mensam argentariam exercentium, dummodo ex praescripto confecti, et scripti sint (1), semiplenam fidem in judicio faciant adversus debitores per quinquennium a die adnotationis computandum (2); non ultra, nisi debita post quinquennium a debitoribus subscripta sint, aut intra id tempus debitores in judicio ad solvendum interpellati fuerint (3). Sed plena fides adhibetur jurejurando firmatae assertioni, nec non libris proxenetarum, qui legitimo modo facti, et scripti deprehendantur; admissis tamen contrariis probationibus, si ita magistratui negotiationi praeposito videatur, rerum adjunctis pensatis (4). Sed de his satis, caeteros probationum modos prosequamur.

(1) *Modus describitur in lib.* 2. *tit.* 16. *cap.* 4. §. 1. *ad* 8. *Reg. Constit.*

(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 9.

(3) *Reg. Constit.* §. 10.

(4) *Reg. Constit. ibid.* §. 16.

§. 820.

Virgini asserenti, se ab aliquo uxorem non habente (1) cognitam, credi solet, nisi aliud suadeant peculiares conjecturae: non tamen meretrici, vel quae jam cum alio deliquit; nec his jurare permittitur, aut jusjurandum deferre (2), cum turpes personae sint, quas ideo judices in caussa sua fieri non decet (3).

(1) *Si uxorem ille habeat, virgini non creditur, ne temere turbetur matrimonium, et unius mulierculae testimonio alioqui suspecto accusatio adulterii perficiatur, Fab. cod. de testib. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 49.

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *defin.* 18.

(3) *L.* 1. *ff. quar. rer. act. non dat.* (44. 5.)

§. 821.

Probationis quoque, vel praesumptionis pro adjunctorum diversitate vim habere possunt inscriptiones, tituli rebus impositi, arma, et insignia (1). Identitas nominis, et

cognominis probat identitatem personarum, saltem si alia concurrant indicia; atque incidenter tantum de identitate tractetur (2); alioquin si principalis quaestio sit de personarum identitate, plenius haec probanda est (3). Quibus in casibus per monitorii publicationem res occultae probentur, tractat Faber (4). Purgationes vulgares, quae aliquando ex temporum improbitate invaluerunt, atque fiebant per flammam, ferrum candens, aquam frigidam, aut ferventem, duellum, et similia, cum nullum habeant fundamentum, nullam omnino fidem faciunt (5).

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 49.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 47.

(2) *Fab. cod. hoc tit. def.* 35.

(3) *L. Ad probationem* 22. *cod. hoc tit.*, *Fab. d. def.* 35. *in fin.*

(4) *Fab. cod. hoc tit. def.* 49., 50., 54., 68.

(5) *Voet in Pandect. hoc tit. num.* 6.

§. 822.

Deficientibus caeteris probationibus, locus fit oculari, ut ajunt, inspectioni; atque apud nos cautum, ne ad hunc probationis modum judex progrediatur, nisi urgeat necessitas, cui suppleri nequeat per judicium peritorum: nisi forte uterque collitigator eam postulet: quod si uno instante fiat, hujus oneri sunt impensae omnes, quae majores fieri debuerint (1). Quo autem modo, quo tempore, et quorum interventu inspectio fiat, fuse explicatur (2).

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 13. §. 1.

(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 2., *et seqq.*

§. 823.

Supra diximus, plenius probanda esse, quae gravioris momenti sunt (§. 880.): hinc sufficit quidem unica professio, et recognitio, ut bona probentur feudalia, vel emphyteuticaria, sed duplex requiritur, si persona dicatur talliabilis, et deditiiae conditionis (1), nisi praeter unicam recognitionem alia concurrant adminicula, ex quibus constet, non sine caussa, vel effectu eam factam fuisse, puta si illa referatur ad aliam antiquiorem, designato die, et consule (2). Hinc etiam traditum, instrumentorum amissionem, si ideo tantum allegetur, ut alia fieri possint, satis intelligi probata, si facta superioris auctoritate diligenti inquisitione non reperiantur, sed si exhibenda, aut restituenda sint, casus probari oportet, adjecto etiam purgationis jurejurando (3).

(1) *L. Cum scimus* 22. *cod. de agricol.*, *et censit.* (11. 47.), *V. Reg. Constitut. lib.* 5. *tit.* 17. *cap.* 1. §. 1., *et seqq.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *defin.* 10.

(3) *Fab. cod. hoc tit. def.* 57.

§. 824.

Hinc etiam per scripturam probari plerumque debent, quae gravioris momenti sunt, veluti insinuatio, et quilibet actus legitimus, qui apud acta fieri jubetur, puta adoptio, legitimatio, emancipatio (1), et similes (2). Si tamen scriptura reperiri nequeat, per testes ipsa probari potest (3): sicuti et per duos testes ex communi sententia probatur, testamentum solemniter, et coram septem testibus factum fuisse (4). Insinuatio autem donationis satis probata intelligitur ex donantis confessione scripta in instrumento inter alios confecto, etiam adversus singularem successorem (5). Atque generatim traduut pragmatici quinque testibus, vel jurisjurandi delatione probari posse, quae scripturam, vel lege, vel statuto requirunt (6). Debiti in scriptis contracti solutio, si modo scriptura ex contrahentium voluntate omnino necessaria fuerit, per scripturam, vel quinque testes probari debet, saltem si quinquaginta aureorum summam excedat (7).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 5. *in princip.*

(2) *De quibus in l. Actus legitimi* 77. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) *L. Testium facilitatem* 18. *cod. de testib.* (4. 20.) *Fab. d. defin.* 5. *num.* 4., *et seq.*

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 19.

(4) *Fab. d. def.* 5. *in fin.*

(5) *Fab. d. defin.* 5. *num.* 7., *et* 8. *Argum. L. Sciendum* 30. *ff. de V. O.* (45. 1.)

(6) *Argum. d. l.* 18. *cod. de testib. Voet in ff. de testib. lib.* 22. *tit.* 5. *num.* 1. *in fin.*, *Thesaur. decis.* 236. *num.* 3. ✠

(7) *D. L.* 18. *cod. de testib.*, *Fab. cod. eod. tit. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 22., *et* 23., *V. Tom. X. pag.* 179. §. 762., *et* 763., *et Thesaur. lib.* 2. *quaest.* 77. *per tot.*

§. 825.

Clericatus quoque per scripturam probandus est, nisi amissa sit scriptura, eaque per testes probetur (1): scripturas autem, quae proferuntur ad hunc finem, subscriptas esse oportet ab Episcopo; vel ejus vicario generali, nisi constet Episcopum solere pro subscriptione sigillum suum, et secretarii manum adhibere (2), maxime si alios ordines, et praesbyteratum fuerit ille consecutus (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 11. *in princip.*

(2) *Argum. L. Testium fides* 3. §. *ult. ff. de testib.* (22. 5.)

(3) *Fab. d. definit.* 11. *num.* 5., *et seqq.*

§. 826.

Quinimmo, subjicit Faber, cum de sola beneficii possessione apud judicem laicum agitur, sufficit, si se in quasi possessione clericatus esse probet, qui se clericum dicit (1): quasi possessio haec praesumptionem inducit, quae onus transfert contrariae probationis in adversarium (2): sed possessio beneficii non satis probatur ex eo, quod pater fructus beneficii per aliquod tempus perceperit, nisi probetur percepisse tamquam procurator filii (3); adeoque constet de mandato (4); neque enim intelligi potest percepisse tamquam legitimus administrator filii in beneficialibus; cum in his filiusfamilias non sequatur jus potestatis (5).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *d. def.* 11. *in fin.*

(2) *L. Ab ea parte* 5. *princ.*, *et* §. 1. *ff. hoc tit.*

(3) *Fab. cod. hoc tit. definit.* 30. *in princip.*

(4) *L. Si quis* 3. §. *Sed et si forte* 3. *ff. judicat. solvi* (46. 7.)

(5) *L.* 1. §. *Hujus studii* 2. *ff. de just.*, *et jur.* (1. 1.), *junct. L. Nam quod* 14. *ff. ad S. C. Trebel.* (36. 1.)

§. 827.

Eadem ac clericatus (§. 824.) conditio non est tituli in beneficialibus, quippequi probandus omnino est per scripturam; cum enim non tantum quaeri oporteat, utrum aliquis fuerit titulus, sed etiam, an legitimus sit, et validus, quod sciri non potest, nisi ex scripturae inspectione, testes, qui dicant, se eam scripturam vidisse, non sufficiunt (1). Nec alleganti prodest confessio adversarii, sive vera, sive ficta, quae per contumaciam inducitur, cum sine canonica institutione nequeat beneficium possideri (2); nec prosit, aut noceat confessio in his, quae a confitentis voluntate non pendent (3). Si tamen non agatur de jure, et possessione beneficii, sed de illis, quae ex hac possessione pendent, sufficit nominatio, et confessio adversarii, nisi haec per errorem facta demonstretur (4): atque interim, donec de errore constet, confessio etiam de facto alieno, aut interpretatione contractus, vel consuetudinis confitenti nocet (5).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 29. *in princip.*

(2) *Cap.* 1. *extra de reg. jur. in* 6. *Decret.*

(3) *L. Si is, cujus* 14. *ff. de interrogat. in jur. faciend.* (11. 1.), *Fab. d. def.* 29. *num.* 3., *et seqq.*, *et def.* 45.

(4) *L. penult. ff. de confess.* (42. 2.), *Fab. d. def.* 45. *in fin.*

(5) *Fab. d. def.* 45. *alleg. ult.* ✠

§. 828.

Si agatur de probanda per testes laesione ad petendam restitutionem in integrum, scite monet Faber, parum tutam esse veterum interpretum traditionem asserentium,

magis credi duobus testibus laesionem pro venditore affirmantibus, quam mille pro emptore negantibus (1): hac admissa sententia, vix ultra superest facultas emptoribus excludendae laesionis per contrarias probationes. Quare potius inspiciendum est, utra ex parte plures sint testes, aut fide digniores, aut qui verosimiliora deponant (2); ita tamen, ut caeteris paribus magis credatur paucioribus affirmantibus, quam pluribus negantibus, si eidem Fabro assentimur (3), forte quia in dubio humanior sententia pro venditore, qui de damno vitando certat, tenenda sit: quamquam assertio haec difficultate non caret.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 19.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 64. *in princip.*

(2) *L. Testium fides* 3. *ff. de testib.* (22. 5.)

(3) *Fab. d. def.* 64. *in fin.*, *Argum. l. Diem* 27. §. *Si plures* 3. *in fin. ff. de receptis* (4. 8.)

§. 829.

Minor aetas non plene probatur contra tertium ex eo, quod curator alicui tamquam minori datus sit (1); cum per errorem, vel dolum dari curator potuerit majori: sed probatur adversus eos, qui curatoris dationi adfuerunt, et consenserunt (2); quippequi praesumuntur aetatem perspectam habere: adeoque contrariae probationis onere adstinguntur (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 55.

(2) *Fab. cod. hoc tit. def.* 9.

(3) *L. Ab ea parte* 5. *princip.*, *et* §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 830.

Probare tenetur generatim actor suam intentionem, ut ajunt (1), itaut reus, actore neutiquam probante, absolvatur (2); neque reus necessitate adstringitur contrarium monstrandi; *cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit* (3): si tamen reus non omnino neget assertionem actoris, puta mutuam pecuniam ab ipso accepisse, sed utatur aliqua exceptione, veluti solutionis, exceptionem suam ipse probare tenetur (4), utpote factum continentem, quod non praesumitur (5): atque ideo dicitur, reum excipiendo fieri actorem (6). Immo tradit Faber, negationem, quoad fieri potest, probandam esse, cum ea est fundamentum intentionis, puta si quis successionem sibi deberi asserat, quia defunctus sine liberis decesserit (7).

(1) *L. Verius esse* 21. *ff. hoc tit.*, *l. Possessiones* 2. *cod. hoc tit.*

(2) *D. l.* 2. *cod. hoc tit.*, *l. Qui accusare* 4. *cod. de edend.* (2. 1.)

(3) *L. Actor* 23. *cod. hoc tit.*

(4) *L. Exceptionem* 19. *cod. hoc tit.*

(5) *L. Quoties operae* 18. *ff. hoc tit.*

(6) *L. In exceptionibus* 19. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *defin.* 33., *ubi de tempore.*

(7) *Fab. cod. hoc tit. def.* 46.

§. 831.

Sed quid dicendum, si nec actor, nec reus probent, nec se ad probandum admitti petierint, potest ne judex ex officio eos admittere? Placuit Sabaudo Senatui negantium sententia, tametsi facti quaestio ita implicata sit, ut sine probationibus definiri non possit (1); tum quia officium suum judex impertiri non soleat, nec debeat, nisi petentibus (2); tum quia credibile sit, ideo non postulari probandi facultatem, quia de probationibus desperetur, vel quia malint a probationibus recedere, prout recessum praesumitur post conclusionem in caussa. Quia tamen publice interest, ita ferri sententiam, ne praetextu novarum probationum facile retractetur, et litibus finis imponatur, suadet jure merito Faber judici, ut per interlocutionem conetur extorquere consensum ejus ex collitigantibus, cui incumbit onus probandi; jubeatque deliberare eum, an velit ad probandum admitti, nec ne (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 14. def. 16. in princip.*
(2) *L. Dies cautioni 4. §. Hoc autem 8. ff. de damn. infec.* (39. 2.)
(3) *Fab. d. def. 16. in fin.*

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 19.

§. 832.

Sed regula haec de actoris onere fallit, si contra reum urgeat praesumptio (1); potior est in pari caussa conditio illius, qui praesumptionem pro se habet. Hinc haeres inofficiosi testamenti querela conventus docere debet, exhaeredationem rite factam fuisse (2), quia unusquisque in dubio bonus praesumitur. Mutationem voluntatis probare tenetur, qui ea nititur (3); quisque sibi constans creditur, donec contrarium edoceatur.

(1) *L. Ab ea parte 5. §. 1., l. Quoties operae 18. ff. hoc tit.*
(2) *Novell. 115. §. Aliud quoque 3. in princip.*
(3) *L. Cum tacitum 3. ff. hoc tit.*

§. 833.

Hinc etiam legatario duas proferente scripturas legata sibi relicta continentes, si haeres contendat, testatorem non duplex legatum relinquere, sed prius relictum repètere voluisse, probare debet (1); duplex scriptura praesumptionem duplicis legati inducit: eademque ratione, si duae proferantur scripturae liberationis, quae diversitatem aliquam habeant, sive personarum, a quibus, vel quibus solutio facta dicitur, sive loci, aut temporis, creditor, qui unam tantummodo solutionem sibi factam asserit, probare tenetur (2).

(1) *L. Quingenta 12. ff. hoc tit.*
(2) *Argum. d. l. 12., Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 14. def. 70.*

§. 834.

Praeterea, si in instrumento scriptum sit, aliquem praesentem fuisse, isque neget, absentiam probare tenetur, docendo se alibi fuisse (1): mentis compotem non fuisse eum, qui testamentum, vel codicillos fecit, si ex ea ratione relicta praestare detrectet (2): qui se potestate patris solutum allegat, seu negat se esse in potestate (3): atque generatim tempus probare debet, qui in eo se fundat (4): nec non casum fortuitum, qui delicti excusationem ex eo quaerit (5): nisi Princeps gratiam criminis faciat (6): tandem possidentis melior conditio est (7).

(1) *L. Optimam 14. cod. de contrahend., et committend. stipulat.* (8. 38.)
(2) *L. Ne codicillos 5. cod. de codicil.* (6. 36.)
(3) *L. Si filius 8. ff. hoc tit.*
(4) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 14. def. 33.*
(5) *L. 1. cod. ad leg. Cornel. de sicar.* (9. 16.), *Fab. cod. hoc tit. definit.* 52.
(6) *Fab. d. defin. 52. allegat. ult.* ✠
(7) *L. ultim. cod. de rei vindicat.* (3. 32.)

§. 835.

De tempore, quo probationes fieri debeant, generalis est regula, probandum intra tempus, quod a lege, vel a judice constitutum est (1), nisi dilationis longioris, vel brevioris indulgendae justa aliqua subsit caussa (2): atque tempora haec continua sunt, ita ut diebus etiam feriatis currant (3).

(1) *L. Quinquaginta 38. ff. de excusat.* (27. 1.)
(2) *L. 1. cod. de dilationib.* (3. 11.)
(3) *L. Sive pars 3. cod. eod. tit.*

§. 836.

Pro probato autem haberi solet, quod statim, maxime per jusjurandum, probari potest (1). Quare etiam in possessorii quaestione, quae probationum tempus plerumque non expectat, puta si mittendus sit haeres in possessionem bonorum haereditariorum,

admittuntur probationes, quas legitimus contradictor in promptu habet (1). Idem est, si actori reus jusjurandum referat; cum prompta, et certa sit probatio, quae fit per jusjurandum sive delatum, sive relatum (3).

Inst. 1. 4. tit. 6. ff. 1. 22. tit. 3. Cod. 1. 4. tit. 19.

(1) *Argum. l. penult ff. de testam. milit.* (29. 1.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 31. *in princ.*

(2) *L. Si is, a quo* 3. *ff. ut in possession. legator.* (36. 4.), *Fab. d. def.* 31. *num.* 11., *et seqq.*

(3) *L. Eum, qui* 30. *ff. de jurejurand.* (12. 2.)

§. 837.

Probandum regulariter est post litem contestatam, ante conclusionem in caussa (1); etenim ante litem contestatam sciri nequit, quid reus negaturus sit, cum tamen ea tantummodo, quae negantur, probari debeant: probatio autem post conclusum in caussa amplius non admittitur, ne alioquin nullus sit protelandae litis finis: adeoque opus est rescripto Principis, quo restitutio ad probationes edendas indulgeatur (2): notoria tamen etiam post conclusum in caussa deduci possunt (3). Si auctor, qui in prima instantia laudandus fuisset, in tertia tantummodo, quae coram Senatu agitur, laudatus sit, admitti debet ad probanda ea omnia, quae in prima instantia probare potuisset; cum nihil sit, quod ipsi imputetur; nullis refusis sumptibus (4). Non eadem est conditio exceptionum omnium, prout suo loco dicemus, atque plenius de judiciorum ordine agentes explanabimus ea etiam, quae ad probationum tempus pertinent.

(1) *L. Exceptionem* 19., *et Auth. seq. cod. hoc tit., cap. Quoniam frequenter* 5. *extra Decret. Greg., ut lit. non contestat. etc.* (2. 6.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 16. *in fin. V. Ab-Eccles. observ.* 109.

(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 12. *in medio.*

(3) *Ab-Eccles. observat.* 55. *num.* 26.

(4) *Fab. cod. hoc tit. def.* 53.

§. 838.

Quamquam hic animadvertendum putamus, testium examen aliquando permitti ante litem contestatam; si nimirum timeatur, ne testes senes, et valetudinarii moriantur, vel longius abfuturi sint; ita ut probatio, non jus suo tempore deficiat; hoc quippe casu etiam ante litem contestatam usu receptum ex praescripto juris canonici (1), ut liceat solemnem audire testium depositionem, ac in perpetuam rei memoriam asservari obsignatam, suo tempore una cum caeteris probationibus publicandam (2). Quod quidem in judiciis civilibus regulariter obtinet, non in criminalibus, nisi ex singulari aliqua caussa (3).

(1) *D. cap. Quoniam frequenter* 5. *extr. Decret. Greg.*

(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 12. *in med., Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 1., *et cod. de testib. lib.* 4. *tit.* 15. *def.* 18., *et* 44. *V. Ab-Eccles. part.* 2. *observ.* 65., *et* 66.

(3) *Fab. cod. de testib. lib.* 4. *titul.* 15. *def.* 25., *ubi de haeredibus defuncti, cujus memoria de crimine perduellionis accusabatur, iique petebant, licet in jus nondum vocati fuissent, testes ita audiri.*

§. 839.

Sed, quia simul timendum est, ne ille, qui testes praemature audiri postulat, hoc comminiscatur in fraudem adversarii, idcirco adversarius citandus est, quo testium productioni adsit, exceptiones, si quas habeat, adversus testes allegaturus (1); atque ut vicissim eosdem pro se interrogari petat, si ita ipsius intersit: quo praestito, perinde habetur, ac si testes post litem contestatam deposuissent; nisi post acceptum judicium adhuc vivant, et praesentes sint; quo casu iterum producendi sunt, depositiones suas confirmaturi (2).

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 19.

(1) *D. cap. Quoniam frequenter.* 5. *extr. Decret. Greg. ut lit. non contestat.* (2. 6.)
(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 12. *in fine.*

§. 840.

Haec quoque apud nos probata sunt, sed luculentius explicata; cautum etenim, praematurae petitionis facilius avertendae caussa, ne testium depositiones sive ab actore, sive a reo ante litem contestatam audiantur, nisi obtenta facultate a Senatu, datis ab eo litteris judici, coram quo lis instituenda esset, vel loci, quo testes reperiuntur (1). Facultate obtenta, pars adversa, seu quae talis praesumitur, ad certam diem in jus vocanda est, ut adsit jurijurando a testibus praestando; interrogationes pro se fiant, si e re sua esse putet, eaque omnia serventur, quae in caeteris testium inquisitionibus geri solent (2).

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 19. §. 1., *et* 2.
(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 3.

§. 841.

Quod pertinet ad conditionem testium, qui ad futuram memoriam, ut ajunt, ante litem contestatam audiri possunt, distinctio fit inter actorem, et reum: tum in actore distinguitur, utrum statim agere possit, an actio conditione, vel ex alia caussa dilata sit. Actori in primo casu tantum permittitur inquisitio in testes senes, valetudinarios, aut proxime absentes futuros, non caeteros, nisi tempore belli, pestis, alteriusve similis publicae calamitatis, qua mortis periculum magis imminet; ita etiam, ut intra annum proximum petitionem in judicio instituere teneatur; futurum alioquin, ne testium depositione amplius uti liceat (1): in altero casu testes cujuscumque conditionis audiri possunt; sed et intra annum, ex quo experiundi in judicio potestas fuerit, sub eadem poena agendum est (2).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 3. *tit.* 19. §. 4., *et* 6., *Fab. cod. de testibus lib.* 4. *tit.* 15. *def.* 48.
(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 5.

§. 842.

Amplior concessa est facultas reo, qui testium depositiones ante litem contestatam audiri postulet, ne pereant exceptiones sibi competentes; eique indultum, ut testes cujuscumque generis ipso petente interrogentur; depositiones clausas, et obsignatas servaturus, donec conveniatur, quin interim ipse aliquid agere debeat (1): benignius agendum cum reo, quam cum actore; cum actor in sua potestate habeat, quando jure suo uti velit; reus autem potestatem non habeat, quando conveniatur; atque ideo, licet actio certo tempore concludatur, exceptio tamen perpetua est (2).

(1) *Reg. Const. d. lib.* 3. *tit.* 19. § 7.
(2) *L. Pure mihi* 5. §. *ult. ff. de dol. mal., et met. exception.* (44. 4.)

§. 843.

Si testes audiri, lite nondum contestata, quis desideret, facultas a Senatu obtinenda est (§. 840.): si autem justa aliqua adsit caussa, cur testes ad futuram memoriam post litem contestatam interrogentur, sufficit auctoritas judicis, coram quo lis pendet; sed soli testes senes, valetudinarii, aut proxime abfuturi, sive actore, sive reo instante, interrogari possunt (1), non alii, pro quibus nulla urget necessitas, ut praematurum judicium instituatur.

(1) *Reg. Const. d. lib.* 3. *tit.* 19. §. 8.

§. 844.

Caeterum potest legitimus judex facultatem impertiri audiendi testes senes, valetudinarios, aut proxime abfuturos, licet de eorum conditione certus non sit; in hanc inquirere debet delegatus, etiam per jusjurandum ab iisdem testibus praestandum, si pars adversa contradicat (1): delegatus autem testes ad futuram memoriam interrogare

potest, nullatenus obstante oppositione, vel appellatione adversae partis (cui tamen praejudicium non fit), nisi judex superior intercedat (2). Postremo salvum semper intelligitur jus adversae parti competens exceptionum suo tempore, et loco adversus testium qualitatem objiciendarum, atque parti requirenti ejusdem defendendae (3). Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 19.

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 3. *tit.* 19. §. 9.

(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 10., *contra quam placuisse videtur Fabro cod. de testib. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 33.

(3) *Reg. Constit. ibi* §. 11.

TITULUS XVIII.

De praesumptionibus.

Istit. lib. 4. tit. 6. *De actionib.*
Digest. lib. 22. tit. 3. *De probat., et praesumpt.*
Codic. lib. 4. tit. 19. *De probation.*

SUMMARIA.

Praesumptio est argumentum, quo facti dubii probabilis fides fit. §. 845.

Praesumptio hominis est, vel legis, haec juris, vel juris et de jure. Quae sit praesumptio hominis? §. 846.

Praesumptio juris vocatur, quae tamdiu pro veritate habetur, quamdiu contraria probatione non fuerit infirmata. Quae sit praesumptio juris et de jure? §. 847.

Praesumptio juris et de jure admittit probationem in contrarium per confessionem partis, et per indirectum. §. 848.

Praesumptiones hominis magis pendent a judicis arbitrio, quam praesumptiones legis. §. 849.

Quae sit praesumptio legis Quintus: *quaeve praesumptio veritatis, vel solemnitatis pro instrumento?* §. 850.

Pecunia in dubio praesumitur solventis proprio nomine. §. 851.

Quid si mater pecuniam mutuam cum filio accipiat, vel pater cum filio dotem nurus? §. 852.

Filius ante patrem decessisse non praesumitur. §. 853.

Depositae res omnes restitutae praesumuntur, si quaedam ex pluribus apud deponentem reperiantur. §. 854.

Possessio antiquior praesumitur melior, nisi recentior tricenaria sit, vel publica auctoritate acquisita. §. 855.

Ignorantia facti alieni praesumitur: quod tamen in domo a domesticis factum est, volente domino factum judicatur, maxime si commodum inde sentiat. §. 856.

Praesumptiones ex factis frequentioribus desumi solent: aliquando tamen de minus frequentibus jura statuuntur: puta in parte haereditatis, dum mater praegnans est, nato filio danda; vel usufructu universitati relicto. §. 857., *et* 858.

Sententia etiam condemnationis in criminalibus ferri potest ex praesumptionibus juris et de jure. §. 859., *et* 860.

Ex praesumptione juris absolvi potest reus tum in civilibus, tum in criminalibus. An in civilibus caussis condemnari possit? §. 861., *et* 862.

Reus ex praesumptione juris, quae gravissima sit, nec aliunde infirmata, in judicio criminali potest condemnari. §. 863.

Fictiones juris a praesumptionibus longe distant. §. 864., *et* 865.

§. 845.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 19.

Cum argumenta satis firma, et perspicua sunt, ut certam dubiae rei fidem faciant, probata res dicitur; atque actus, quo per certa argumenta facti dubii fides adstruitur, probatio nominatur (§. 792.); si vero argumenta fidem aliquam utique faciant, sed probabilem, non certam, tunc res praesumpta tantum est: quare praesumptio describi potest argumentum, quo facti dubii probabilis fides fit. Singula definitionis verba facile innotescunt, si comparentur cum definitione probationis superius a nobis explicata (d. §. 792.)

§. 846.

Triplex praesumptionum species a quibusdam interpretibus distinguitur: videlicet praesumptio hominis, praesumptio juris, atque praesumptio juris et de jure. Verum communiter duplicem praesumptionis speciem secernunt, nempe hominis, et legis: atque hanc in duas species iterum partiuntur, ita ut alia juris sit, alia juris et de jure. Praesumptio hominis ea est, quae nititur argumento aliquo, seu indicio verosimili, sed quod a legibus speciatim non probatur, nec in illis ulla ejus mentio fit: puta si Titius inimicus Maevii, visus sit cruentato gladio, vultu turbato, egredi e cubiculo, in quo Maevius occisus fuit. Praesumptiones autem legis appellautur, quae in Romanis legibus tamquam tales admittuntur, cujus generis plures sunt, ut mox demonstrabimus.

§. 847.

Praesumptio juris dicitur, quae pro veritate habetur, donec probatione, aut praesumptione contraria fortiore fuerit infirmata; adeoque praesumptio haec contrariam probationem admittit; talis est praesumptio, qua nemo creditur velle jactare suum, et perdere (1), vel praesentem stipulandi caussa fuisse reum, si instrumento scriptum sit, partes praesentes fuisse (2): juris vero et de jure praesumptionem vocant interpretes, quae omnem respuit probationem in contrarium; quia lex ita in omni casu disponit; veluti puellam duodecim annis minorem viri potentem non esse, adeoque non posse cum ea nuptias contrahi (3): quod tamen jure canonico non servari, quippequo generandi potestas potius inspicitur, saltem si matrimonium jam contractum sit, alibi tradidimus (4).

(1) *L. Cum de indebito* 25. *ff. de condict. indebit.* (12. 6.)

(2) §. *Item verborum* 12. *instit. de inutilib. stipulat.* (3. 20.)

(3) *L. Quaesitum est* 9. *ff. de sponsalib.* (23. 1.)

(4) *V. Tom. I.* §. 701. *pag.* 241.

§. 848.

Immo praesumptio juris et de jure admittere aliquando potest probationem in contrarium non solum per confessionem partis, sed etiam per indirectum, nempe ratione facti, quod juris praesumptio supponit (1): puta ex praescriptione longissimi temporis lex praesumit titulum, si tamen probetur mala fides, quae ex jure communi impedit praescriptionem, evertitur praesumptio tituli: pariter, licet statutum nullas admittat exceptiones contra instrumentum, potest tamen opponi, quod non sit instrumentum (2); praesumptio enim locum non habet, nisi praesupposito quodam facto: proinde, si demonstretur factum non existere, necessario corruit praesumptio (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *defin.* 4. *allegat.* 2., *Osasc. decis.* 101. *num.* 25., 33., *et* 34.

(2) *Osasc. d. decis.* 101. *num.* 35.

(3) *L. Si se non obtulit* 4. §. *Condemnatum* 6. *ff. de re judicat.* (42. 1.)

§. 849.

Hoc autem discrimen est inter praesumptiones hominis, et juris, quod illae potissimum pendent ab arbitrio judicis, atque potest majorem, vel minorem vim, utique pro animi sui religione, tribuere: quae vero juris praesumptio est, a judicis arbitrio

non pendet; quippequi fidem ei adhibere debet, quamdiu contrariis probationibus, Inst. l. 4.
quibus semper praesumptio cedit (1), vel fortioribus praesumptionibus, quae infirmio- tit. 6.
rem vincunt (2), illius vis perempta, vel infirmata sit; quamquam judicis est aestimare, ff l. 22. tit. 3.
an probatio, quae in contrarium adducitur, vere talis sit, et an contraria praesumptio Cod. l. 4.
fortior, an infirmior haberi debeat (3). tit. 19.

(1) *L. Si chirographum* 24. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Divus* 7. *ff. de in integr. restitut.* (4. 1.), *l. Non solum* 67. §. 1. *ff. de ritu nuptiar.* (23. 2.), *l. Cum de indebito* 25. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Testium fides* 3. §. *Ejusdem quoque* 2. *ff. de testib.* (22. 5.)

§. 850.

Plures sunt juris praesumptiones, quas singulas referre non vacat, maxime quia pleraeque suis locis expositae a nobis sunt: praecipuas referemus. Omittimus praesumptionem legis *Quintus*, ut ajunt pragmatici (1); quippequam alibi fuse expendimus (2): nec non eam, quae pro instrumento facit, seu ex qua creditur, vera esse, quae in instrumento scripta sunt, nisi manifestis probationibus aliud edoceatur (3): quae praesumptio *veritatis* a quibusdam interpretibus nominatur. Alia autem, quae et pro instrumento facit, qua nimirum omnia praesumuntur in eo solemniter gesta, seu servatis necessariis solemnibus (4), praesumptionem *solemnitatis* appellant; puta si scriptum sit in instrumento aliquem promisisse, praesumitur interrogatione praecedente, responsum esse (5).

(1) *Nimirum l. Quintus Mucius* 51. *ff. de donat. int. vir., et uxor.* (24. 1.)

(2) *V. Tom. V.* §. 989., *et seqq. pag.* 259., *junge Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *defin.* 36.

(3) *D.* §. *Item verborum* 12. *instit. de inutilib. stipulat.* (3. 20.)

(4) *L. Sciendum* 30. *ff. de V. O.* (45. 1.)

(5) §. *Si scriptum* 17. *instit. de inutilib. stipulat.*, *l. Titia* 134. §. *Idem respondit* 2. *ff. de V. O.*

§. 851.

Pecunia in dubio praesumitur solventis, si proprio, non alieno nomine solverit (1): sed si solvens fateatur, eam esse alienam, praesumptio cedit veritati; nisi is persona suspecta sit (2); puta maritus aere alieno gravatus, qui rem emat, atque pretium ex pecunia uxoris se solvere asserat: aut solutam sibi fuisse ab uxore dotem, de qua aliunde non constat (3).

(1) *L.* 1., *junct. l. Et magis* 4. *ff. de solut.* (46. 3.)

(2) *L. Qui testamentum* 27. *ff. hoc tit.*

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *defin.* 4.

§. 852.

Si mater una cum filio mutuam pecuniam accipiat, aut sibi numeratam profiteantur, ad quemlibet pro dimidia parte pervenisse praesumitur (1): nisi mater tutrix, vel administratrix sit rerum filii: nam pecunia in dubio praesumitur pervenisse ad eum, qui habuit administrationem. Nec aliud est in patre, qui pecuniam cum filio accipiat, puta dotem nurus; cum filius pecuniae accipiendae aeque capax sit (2), nisi pater totius familiae administrationem habeat (3).

(1) *L. Reos promittendi* 11. §. 1. *ff. de duobus reis* (45. 2.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 14. *definit.* 21. *in princip.*

(2) *L. Si, cum dotem* 22. §. *transgrediamur* 12. *ff. solut. matrimon.* (24. 3.)

(3) *Fab. d. defin.* 21. *in fin.*

§. 853.

Ad haec filius, quem paullo ante testamentum patris in vivis fuisse constat, licet praeteritus sit a patre, nec certum sit, an tempore testamenti viveret, nec ne, vi-

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 3. Cod. l. 4. tit. 19.

xisse tunc praesumitur, ita ut mortem probare debeat, qui ea nititur, maxime si inde fiat injuria caeteris filiis (1); ita suadet tum charitatis ordo, tum juris regula, quae factum non praesumit, sed probari desiderat (2); tum alia, ex qua filius ante patrem decessisse non creditur (3), turbato mortalitatis ordine.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 14. defin. 39.*
(2) *L. Quoties operae 18. ff. hoc tit.*
(3) *L. Qui duos impuberes 9. §. 1. ff. de reb. dub.* (34. 5.)

§. 854.

Si ex pluribus rebus a Titio, apud Maevium depositis quaedam reperiantur penes Titium, omnes restitutae praesumuntur, nisi Titius, qui partem recipere non cogebatur, contrarium demonstret (1): si tamen chirographum depositi adhuc reperiatur penes deponentem, aliud erit dicendum: infirmiorem vincit fortior contraria praesumptio (2), qua diligens paterfamilias non creditur res apud se depositas restituere voluisse, nisi recepto chirographo (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 14. defin. 56. in princip.*
(2) *L. Si chirographum 24. ff. hoc tit.*
(3) *Fab. cod. hoc tit. d. defin. 56. in medio.*

§. 855.

Possessio quanto antiquior est, eo melior praesumitur, infirmior vero, et vitiosa, quae recentior est, nisi sit tricenaria (1); haec quippe ex tam longi temporis decursu bonae fidei praesumptionem habet, etiamsi titulo destituta sit, donec mala fides probetur (2), vel recentiorem publica auctoritate quis consecutus sit; juste possidere intelligitur, qui auctore praetore possidet (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 14. defin. 44.*
(2) *Auth. Malae fidei post l. 1. cod. de praescript. long. tempor.* (7. 33.)
(3) *L. Juste 11. ff. de acquirend. possess.* (41. 2.)

§. 856.

Ignorantia facti alieni ut plurimum praesumitur (1): praesumptio tamen probabilis est, ait Faber, sciente, ac volente domino factum esse, quod a domesticis in ejus domo factum fuit, maxime si ex eo facto commodum aliquod immediate sentiat dominus (2); puta si domestici aliquem testari coegerint favore domini, qui haeres scriptus sit (3): adeoque ignorantiam probare debet dominus alio modo, quam per jusjurandum purgationis, quod suspectum est (4).

(1) *L. 1. §. 1. ff. de juris, et fact. ignorant.* (22. 6.), *Fab. cod. hoc tit. defin. 34.*
(2) *Fab. cod. hoc tit. defin. 48. in princip.*
(3) *Fab. cod. si quis aliquem testar. prohib. lib. 6. tit. 15. defin. 2.*
(4) *L. Ab ea parte 5. princ., et §. 1. ff. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. d. def. 48. in fin.*

§. 857.

Praesumptiones lex plerumque desumit ex factis, quae frequentiora sunt, de quibus etiam jura ferri solent (1): si tamen prospiciendum sit alicujus indemnitati, vel singularis favoris caussa ita expostulare videatur, etiam ex iis, quae raro eveniunt, praesumptiones deducuntur, seu potius jura statuuntur: ex caussa indemnitatis cautum, ut si filius natus, ventre praegnante, suam haereditatis partem postulet, nonnisi quarta pars ei interim detur, ut tres partes utero reserventur, quasi tergemini nascituri sint, licet frequentius unus tantummodo nascatur (2).

(1) *L. Jura 3., et seqq. ff. de legibus* (1. 3.)
(2) *L. Antiqui 3., et l. seq. ff. si pars haereditat. petat.* (5. 4.)

§. 858.

Singulari honoratae personae favore constitutum, ut ususfructus universitati relictus per centum annos duret; ratione adjecta, *quia is finis vitae longaevi hominis est* (1):

perpauci utique homines sunt, saltem in his, et finitimis regionibus, qui vivendi patientiam in id usque tempus protrahant; quia tamen singulari favore dignae sunt universitates, quarum conditio testatori perspecta est, idcirco ususfructus finem a longaevi hominis vita metiri placuit (2).

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 3. Cod. l. 4 tit. 19.

(1) *L. An ususfructus* 56. *ff. de usufruct.* (7. 1.)

(2) *D. l.* 56. *in fin.*

§. 859.

Si quaeratur, utrum ex praesumptionibus ferri possit sententia, distinguendae sunt praesumptiones juris et de jure a praesumptionibus juris: tum interest, utrum agatur de sententia absolutoria, an de sententia condemnationis: postremo secernendae sunt caussae civiles a caussis criminalibus. Ex praesumptionibus juris et de jure sententiam etiam condemnationis in criminalibus ferri posse, plerique fatentur (1): quod enim lex ita praesumit, ita pro veritate habetur, ut nec directa probatio in contrarium admittatur (§. 847., et 848.). Proinde praesumptio haec vim plenae probationis habet, ex qua nemo negaverit, judicem condemnare posse, et corporali poena plectere.

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 18. *in princ.*

§. 860.

Hinc ex Paulo incestus poena tenentur, qui clam incestuosas nuptias contrahunt, quia clam contrahentes dolo, et scienter facere creduntur (1). Adulterii crimen ex indiciis vindicari tradunt Imperatores (2): ex lege Cornelia homicidium dolo admissum punitur (3), cum tamen dolus, utpote in animo latens, ex solis iudiciis probari possit. Sane, quo gravius est delictum, et gravior illius poena, graviores quoque praesumptiones exigendae sunt (4).

(1) *L. ultim. ff. de ritu nuptiar.* (23. 2.)

(2) *L. Si quis adulterii* 34. *cod. ad leg. Jul. de adulter.* (9. 9.)

(3) *L.* 1. §. *Divus* 3. *ff. ad leg. Cornel. de sicar.* (48. 8.)

(4) *L. ult. cod. hoc tit.*, *l. Absentem* 5. *ff. de poenis* (48. 19.)

§. 861.

Non eadem semper vis est praesumptionum, quae juris tantum sunt. Absolutoria quidem sententia ex juris praesumptionibus, quae contraria probatione, vel praesumptione fortiori non infirmentur, ferri potest, tum in civilibus, tum in criminalibus; cum ex vulgata juris regula, actore non probante, reus absolvendus sit (§. 791.): probata autem videri non potest intentio actoris adversus reum, qui praesumptionem juris pro se habeat; cum immo praesumptio juris pro veritate censeatur, quamdiu per contrariam probationem, vel fortiorem praesumptionem non destruitur (§. 847.)

§. 862.

Absolutoria ergo sententia ex juris praesumptione ferri potest: immo etiam reus in caussis civilibus ex eadem praesumptione condemnari potest; quia, ut modo diximus, juris praesumptio pro veritate habetur, et loco probationis est, quamdiu illius vis non evertitur (§. praeced.). Hinc ad restituendum condemnatur, qui solutionem accipit a muliere, minore, milite, vel rustico, nisi debitam sibi fuisse pecuniam probet, quatenus juris praesumptionem contra se habet (1): si magistratus subsidiaria actione conveniantur in id, quod pupillus a tutore, ejusque fidejussore servare non potuit, solvere coguntur, atque indemnem pupillum servare; quia jus praesumit, minus idoneos tutores ab ipsis datos fuisse, vel minus idoneos fidejussores admissos (2).

(1) *L. Cum de indebito* 25. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1. §. *Si magistratus* 11., *et duob. sequentib. de magistratib. conveniend.* (27. 8.)

§. 863.

Difficilior prima fronte videtur quaestio, utrum reus in judicio criminali possit ex juris praesumptione condemnari. Apud omnes utique constat, in dubio reum potius

Inst. l. 4. tit. 6 ff. l. 22. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 21.

absolvendum esse, quam condemnandum (1): atque consultius impunitum dimitti factum nocentis, quam innocentem damnari (2). Si tamen gravissimae praesumptiones adversus reum urgeant, nec contrariis probationibus, vel praesumptionibus fortioribus debilitentur, publice interest, sententiam condemnationis ferri, cum delicta clam plerumque patrentur, nec instrumentis, aut testibus facile probari possint. Sane praesumptiones, quas supra commemoravimus (§. 860.), non respuunt contrarias probationes; ex iis tamen accusatum damnari posse responderunt jureconsulti, atque Imperatores.

(1) *L. Semper in dubiis* 56., *l. Ea quae in partes* 192. §. 1. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(2) *L. Absentem* 5. *ff. de poenis* (48. 19.)

§. 864.

A praesumptionibus longe distant juris fictiones, seu prudentum commenta ad conciliandam subtilitatem juris cum naturali aequitate: praesumptiones non certam utique, probabilem tamen habent veritatem: contra juris fictiones manifestam supponunt falsitatem, veluti cum lex Cornelia fingit, eum, qui in captivitate decessit, hora praeambula captivitatis decessisse (1); vel nunquam captivum fuisse, qui reversus est, jure postliminii (2); quamquam, suadente aequitate, inductae sunt hujusmodi fictiones.

(1) §. *ult. instit. quib. non est permiss. facere testament.* (2. 12.), *l. Lege Cornelia* 12. *ff. qui testam. facer.* (28. 1.)
(2) §. *Si ab hostibus* 5. *instit. quib. mod. jus patriae potestat. solvit.* (1. 12.)

§. 865.

Postquam generatim de probationibus diximus, atque subjecimus, quae de praesumptionibus scitu digniora sunt, et praxi utiliora, singulae probationum species, sive singularia argumenta, quibus rei dubiae fides fit, expendere praestat. Atque imprimis dicemus de argumentis ad ordinariam probationem spectantibus, nimirum instrumentis, et testibus: tum de illis, quibus extraordinaria probatio continetur, videlicet jurejurando, et confessione adversarii (§. 796.). Quibus expositis, exceptionum jura enuncleabimus.

TITULUS XIX.

De fide instrumentorum.

Instit. lib. 4. tit. 6. *De actionib.*
Digest. lib. 22. tit. 4. *De fide instrumentor., et amission. eor.*
Cod. lib. 4. tit. 21. *De fide instrumentor., et amission. eor., et de apochis etc.*

SUMMARIA.

Instrumentorum nomine late sumpto testes etiam veniunt: proprie instrumentum est scriptura ad rei gestae fidem confecta. §. 866., *et* 867.
Quae sint de instrumentis explicanda? §. 868.
Instrumenta dividuntur in publica, quasi publica, et privata: publica duplicis sunt generis. §. 869., *et* 870.
Scripturae trium testium fide dignorum munitae quasi publicae habentur. Quid de scripturis confectis ab actuariis consulum, libris praeconis, et universitatum? §. 871.
Scriptura privata quae habeatur? Dividitur in obligatoriam, et liberatoriam. Quo speciali nomine diversae scripturae privatae species donentur? §. 872.
Instrumenta auctoritate publica facta ex publico loco extrahi non debent. §. 873.

Notarius publica auctoritate constituitur. An extra ditionem Principis probantis, vel in tota ejus ditione officio suo fungi possit? §. 874., *et* 875.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 21.

Gesta ab eo, qui falso notarius ab aliquibus tantum habetur, an irrita sint? §. 876.
Quid si publice pro notario habeatur? §. 877., *et* 878.

Negans notarium esse eum, qui tamquam talis publice saepius se gessit, non auditur, nisi in falsi crimen inscribat. Quid si instrumenti exemplum rite subscriptum proferatur? §. 879.

Quae apud Romanos praescriptae fuerint solemnitates a notario, cum publica instrumenta recipit, servandae? §. 880.

Quae apud nos municipali lege praescribantur instrumentorum solemnitates? §. 881., *et* 882.

Instrumentum nec scriptum, nec subscriptum a notario plerumque fidem non facit, licet repertum sit in protocollo notarii. §. 883.

Falsi accusatio criminalis instituenda non est ab eo, qui falsum dicit instrumentum a notario minime subscriptum. §. 884.

Instrumentum ex sola notarii subscriptione publicam formam habere non censetur in illis locis, in quibus ex statuto, vel lege municipali contrahentium, et testium subscriptio requiritur. §. 885., *et* 886.

Notarii duo rogati ad instrumentum in dubio censentur rogati in solidum. §. 887.

An sustineri possit ex aequitate instrumentum minime subscriptum a testibus, si constet, notarium solitum fuisse nullas adhibere testium subscriptiones? §. 888.

Testibus an probari possit, quod continetur instrumento neutiquam subscripto? §. 889.

Instrumenta uno contextu fieri debent: possunt tamen incontinenti quaedam adjici, vel mutari: immo etiam ex intervallo inseri aliae scripturae, si justa suadeat caussa. §. 890., *et* 891.

Errorem suum notarius emendare potest, sed per adjectionem ab omnibus subscribendam. An errorem allegare liceat ei, qui instrumentum produxit? §. 892.

An notarius possit extendere etiam ex intervallo notas suas. An hoc liceat alteri notario? §. 893.

Quae apud nos in hac re cauta sint? §. 894.

Ex notarii viventis protocollis non licet excerpere instrumentum, nisi ille impeditus, aut prohibitus sit. §. 895.

Notarius vivens potest uti alterius opera in describendo instrumento. A quo describantur, si decesserit? §. 896.

Instrumentum publicum, et authenticum plenam in judicio fidem facit, et paratam habet executionem. §. 897.

Exemplum authenticum plenam quoque fidem in judicio facit. §. 898.

An exhibendum sit protocollum, et apud quem? An collatio exempli cum authographo juste petatur? §. 899., *et* 900.

Matrici potius scripturae in dubio fides adhibetur, quam protocollo; et huic potius, quam exemplo. §. 901.

Instrumenta rite confecta fidem faciunt non tantum in civilibus, sed etiam in criminalibus caussis. §. 902.

An instrumenta fidem faciant in locis alteri Principi parentibus? Notarii assertio probat tantum de illis, quae coram ipso fiunt. Quid de clausulis ex stylo adjici solitis? §. 903.

Instrumenta publica non probant pro tertio, nec contra tertium: praesumptionem tamen inducunt. §. 904.

Instrumentum, cujus mentio facta sit in alio, fidem non facit, nisi exhibeatur. §. 905.

Inst. l. 4. tit 6. ff. l. 22. tit. 4. Cod l. 4. tit. 21.

An notarius instrumentum conscribere possit in suorum utilitatem? §. 906., *et* 907.

A privato testimonio ad publicum argumentari non licet. §. 908.

Alicubi prohibentur notarii, ne in suorum utilitatem publica scribant instrumenta. §. 909.

Probationes, dummodo manifestae sint, adversus publicum instrumentum admittuntur. §. 910.

Testium dicta jurejurando firmata potiora habentur scriptura. §. 911.

Quid si contraria in eodem instrumento contineantur: vel diversae scripturae inter se pugnantes proferantur? §. 912., *et* 913.

Testibus de instrumenti fide dissentientibus, major numerus praevalet. Quid de cancellatione, rasione, inductione, et rebus margini adjectis? §. 914.

Notarii confessio ajentis se falsa in instrumento retulisse jus tertio quaesitum non adimit: nisi aliunde falsitatis probationes habeantur. §. 915.

Instrumentum fidem non amittit in omnibus sui partibus, licet constet, in uno vel altero capite separato falsum contineri. Quid si notarius jam falsa alia instrumenta conscripserit? §. 916., *et* 917.

Ex instrumento debiti, cujus caussa expressa non est, vel aliunde colligi non potest, agi non sinunt jura. §. 918.

Cur instrumentum, quod publicam formam habet, sine criminali falsi accusatione impugnari nequeat? §. 919.

Instrumentum producens videtur approbare omnia in eo contenta; nec ideo potest illud judicio eximere. An error allegari possit? §. 920.

Instrumenti amissio non nocet creditori, licet contractus in scriptis celebrari debuerit, si aliunde constet de contractu, atque amissio probetur. §. 921.

Quid si amissum dicat instrumentum ille, cujus nihil interest: vel alia pars, postquam semel exhibuit? §. 922.

Chirographum aliud in locum amissi, vel attriti scribere cogitur debitor, si de debito constet. §. 923.

§. 866.

Instrumentorum appellatione late, atque improprie sumpta, testes etiam seu personae judicem instruentes continentur (1): stricte tamen, et proprie, prout hic accipitur, instrumentum est scriptura ad rei gestae fidem confecta (2); qua proinde utitur, qui intentionem suam ex ea probare contendit. Scriptura, si jus Romanum inspiciamus, in contractibus plerumque necessaria non erat, ita ut etiam sine scriptis celebrati vim suam obtinerent, si aliunde per testes probari possent (3): sed jure quo utimur, scriptura in multis casibus ad vim, et solemnitatem contractuum pertinet (4).

(1) *L. Notionem* 99. §. *ult. ff. de V. S.* (50. 16.)

(2) *L. In re hypothecae* 4. *in fin. ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 4. *ff. hoc tit.*, *l. Contrahitur* 4. *ff. de pignorib.* (20. 1.)

(4) *V. Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 22. *cap.* 4. §. 1., *et seqq.*

§. 867.

Optimo sane consilio scripturae ad rei gestae probationem inductae sunt; tum quia labilis est hominum memoria; ita ut post tempora diuturniora vix aliquid certi ex eorum testimonio nsciri possit; tum quia testes non in eodem semper loco manent; nec sine magnis impensis accersiri aliquando possent, tum demum, quia post testium mortem nullus superesset probandi modus. Quo fundamento, ut modo diximus (§. praeced.), apud nos cautum, ut plerique contractus per scripturam conficiendi sint, viribus alioquin cārituri.

§. 868.

De instrumentis in hoc titulo expendendum est: 1. Quot sint eorum species: 2. Quae ad eorum substantiam tum Romano jure, tum fori usu desiderentur, seu quae

sint eorum solemnitates: 3. Quae sit instrumentorum vis: 4., et postremo pauca subjiciemus de instrumentorum amissione, prout ferunt tituli Pandectarum, et Codicis. Quibus praestitis, seorsim agemus de vi scripturarum, quae privatim fiunt, et privatae dicuntur.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 21.

§. 869.

Scripturae, seu instrumenta dividi solent in publica, quasi publica, et privata. Instrumenta publica duplicis sunt generis; alia, quae auctoritate publica fiunt, puta tabulae censuales, quae potiora testibus dicuntur (1); acta publica donationum quantitatem a legibus praefinitam excedentium (2): et similia (3); quae singulari aliqua ratione placuit solemniori modo fieri.

(1) *L. Census* 10. *ff. de probationib.* (22. 3.)

(2) §. *Aliae autem* 2. *instit. de donat.* (2. 7.)

(3) *L. Testamenta* 18. *cod. de testament.* (6. 23.), *l. Testamenti* 2. *cod. quemadmod. testament. aperiant. etc.* (6. 32.)

§. 870.

Alia sunt instrumenta publica, quae solemni quodam modo a persona publico officio fungente, nimirum tabellione, seu notario conficiuntur (1), solemnitatibus quibusdam observatis, quas jura praescribunt, et nos infra expendemus.

(1) *Princip. instit. de emption., et vendit.* (3. 24.), *l. Contractus* 17. *cod. hoc tit.*

§. 871.

Quasi publica instrumenta sunt scripturae privatae trium testium fide dignorum subscriptione munitae (1); his nimirum scripturis eadem vis tributa est, quod pertinet ad hypothecae praelationem, ac publicis instrumentis (2). Insuper ex more plurimarum gentium fidem publicam habent scripturae confectae ab actuariis. consulum ad peregrinas oras negotiationis caussa missorum: libri praeconis, seu auctionarii de rebus auctione publica distractis, earum pretio, emptoris persona, et similibus ad auctionem publicam spectantibus (3), sive ipse scripserit, sive per scribam auctoritate publica electum scribi curaverit, auctionis tempore. Acta quoque publica collegiorum, et universitatum pro publicis habentur, et in ipsis collegiorum caussis plenam fidem faciunt, immo et contra tertios in antiquis, prout supra diximus (§. 813.); quia scribentes non in suum, sed in collegii commodum, et usum conscripserunt: adeoque ita fidem merentur, uti apparitores officii nomine quid referentes (4).

(1) *L. penult. cod. qui potior. in pign.* (8. 18.)

(2) *D. l. penult. in fin.*

(3) *Anton. Matthaeus de auctionib. lib.* 1. *cap.* 9. *num.* 5., *Voet in ff. hoc tit. num.* 5. *fer. in princip.*

(4) *V. Voet in ff. hoc tit. d. num.* 6. *in fin.*

§. 872.

Privatum instrumentum, seu privata scriptura ea est, quae privata auctoritate conficitur, sive a privatis, sive etiam a publicis personis, veluti a notariis, vel officialibus magistratuum, si tamquam privati scripserint, vel subscripseriut (1). Hae tamen publicam fidem habent, si ex partium consensu fuerint insinuatae (2). Instrumentum privatum aliud est obligatorium, ut ajunt, aliud liberatorium: obligatorium, seu quo obligatio continetur, variis in jure nominibus donatur; dicitur enim *chirographum* (3), *cautio* (4), *et syngrapha* (5). Liberatorium, seu quod tendit ad liberandum debitorem, speciali nomine *apocha* (6), *securitas* (7), et a veteribus pragmaticis *quitatio* appellatur. Ad privatas scripturas referuntur epistolae (8), et rationes domesticae (9).

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 12. §. 8.

(2) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 22. *cap.* 6. §. 3., *jung. Ab-Eccles. observ.* 168. *per tot.*

(3) *L. Liberationem* 3. §. 1. *ff. de liberat. legat.* (34. 3.)

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 21.

(4) *L. Labeo ait* 2. §. 1. *ff. de pact.* (2. 14.), *l. Lecta* 40. *ff. de reb. cred.* (12. 1.)
(5) *L. penult. in princip. cod. qui potior. in pign.* (8. 18.)
(6) *L. Plures* 19. *cod. hoc tit.*
(7) *L. In contractibus* 14. §. 1., *et* 2. *cod. de non numerat. pecun.* (4. 30.)
(8) *L. Titius Sejo* 24., *l. Quidam* 26. *ff. de pecun. constitut.* (13. 5.)
(9) *L. In hac actione* 3. §. *Interdum* 14., *l. penult. ff. ad exhibend.* (10. 4.)

§. 873.

Ad vim publici instrumenti, quod publica auctoritate fit (§. 869.), solemnitates sigillatim lege, et potissimum usu inductae servari debent; nec aliquid speciale de illis decernitur in jure Romano, quo id unum cautum invenitur, ut testamenta, et caetera, quae apud officium censuale publicari solent, in eodem loco custodiantur, prohibita omni eorumdem translatione (1); ne alioquin corrumpantur, intervertantur, vel amittantur.

(1) *L. Testamenta* 18. *cod. de testam.* (6. 23.)

§. 874.

Polixior est investigatio de solemnitatibus, quae adhiberi debent in alterius speciei publicis instrumentis, a tabellione, seu notario, publicam personam sustinente factis. Atque hic imprimis requiritur, ut notarius auctoritate publica constitutus sit, et fides ejus publice probata (1). Qui autem ab uno Principe probatus est, in territorio alterius Principis publica instrumenta conficere non potest; nisi Princeps hic ita largiatur (2); etenim cum nec ipse Princeps extra ditionem suam tamquam publica persona consideretur (3), efficere non potest, ut notarius publicam ibi personam sustineat, et publicam fidem habeat (4).

(1) *Regul. offic. notarior., et insinuator. tit.* 1., *et* 2., *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 22. *cap.* 1. §. 2., *et seqq.*
(2) *V. d. Regul. offic. notarior. tit.* 2. §. 1., *et seqq.*, *Ab-Eccles. observat.* 107. *num.* 25., *et seqq.*, *ubi de notariis apostolicis.*
(3) *Argum. l. ult. ff. de offic. praefect. urb.* (1. 12.)
(4) *L. Nemo plus juris* 54. *ff. de R. J.* (50. 17.), *Reg. Constit. d. lib.* 5. *tit.* 22. *cap.* 1. §. 7.

§. 875.

Quinimmo neque notarius officio suo fungi potest in universa Principis ditione, si speciatim pro uno, vel alio loco probatus fuerit, non ultra (1). Neque quis objiciat, potestatem scribendi instrumenta pertinere ad voluntariam jurisdictionem, quae extra territorium potest exerceri (2); nam, praeterquamquod notarius nullam instrumentum conficiens jurisdictionem exercet, sed publicam dumtaxat personam sustinet, cui fides adhibenda sit (§. praeced.), voluntaria jurisdictio nonnisi ex Principis concessione limites territorii egreditur, quam sane Princeps denegare potest (3).

(1) *D. Regul. offic. notar. etc. d. tit.* 2. §. 4., 6., 7., 9., 10., *et* 11.
(2) *Argum. l. Omnes* 2. *ff. de offic. proconsul.* (1. 16.)
(3) *L. Et ideo* 8. *ff. eod. tit.*

§. 876.

Sed quid sentiendum de gestis a notario, qui vere talis non erat, sed publice talis habebatur? Si non publice, sed ab aliquibus tantum notarii munere pollere quis falso existimetur, fatentur interpretes omnes, nulla esse, quae ab illo gesta sunt (1); excusare non potest, nec ullam indulgentiam meretur supina ignorantia illorum, qui nesciunt id, quod omnibus in civitate notum est (2); atque sibi imputare debent, cur apud illum egerint, cujus conditionem satis perspectam non habebant, cum facile habere possent (3).

(1) *Voët in ff. de offic. praetor. lib.* 1. *tit.* 14. *num.* 6. *in princip.*
(2) *L. Regula est* 9. §. *Sed facti* 2. *ff. de jur., et fact. ignorant.* (22. 6.)
(3) *L. Qui cum alio* 19. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 21.

§. 877.

Si autem quis publice, et communiter pro notario haberetur, vulgo distinguunt (1); an notariatus munus acceperit ab eo, qui hanc potestatem habet, sed propter latens aliquod impedimentum eo munere fungi prohibeatur, an sponte hoc munus subeundum susceperit. In primo casu, non summo jure inspecto, sed ex aequitate sustineri debent instrumenta a falso notario conscripta, prout traditur de praetore servilis conditionis (2): non in altero, ad quem indulgentia non videtur protrahenda; ne alioquin a privatorum voluntate pendeat jus publicum; quamquam publica utilitas suadere potest, ut Princeps haec ita ex bona fide gesta rata, et firma esse jubeat (3).

(1) *V. Tom. VI.* §. 880. *et seqq. pag.* 219.

(2) *L. Barbarius Philippus* 3. *ff. de offic. praetor.* (1. 14.), *V. Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 19. *defin.* 1. *alleg.* 2.

(3) *Argum. d. l.* 3. *ff. de offic. praetor.*

§. 878.

Neque nocet, quod Paulus ait, errorem jus facere (1); agit enim jureconsultus de vocabulorum significatione, quae ab usu populi magis, quam a publica auctoritate aestimanda est. Macedoniani exceptio utique cessat, si quis mutuum numeraverit ei, qui non vana opinione, sed a plerisque paterfamilias credebatur (2). Verum exceptio haec inducta fuit odio foeneratorum (3); quo digni non sunt, qui mutuam pecuniam credunt ei, quem publice pro patrefamilias haberi constat.

(1) *L. Supellectili* 3. §. *ult. ff. de supellectil. legat.* (33. 10.)

(2) *L. Si quis* 3. *ff. de S. C. Maced.* (14. 6.)

(3) *L.* 1. *in princip. ff. eod. tit.*

§. 879.

Caeterum, apposite monet Faber, licet non probetur quis notarius ex eo solo, quod tamquam talis publice saepius se gessisse proponatur, qui tamen neget, eum fuisse notarium, non debet audiri, nisi in falsi crimen inscribat (1); ne alioquin publicae scripturae fides per solam inficiationem convellatur. Idem dicendum, si hujusmodi instrumenti exemplum proferatur descriptum, auctoritatem praestante judice, licet inter alias personas, dummodo a notario publico subscriptum sit; potestate tamen neganti facta petendi, ut matrix scriptura exhibeatur, petentis utique sumptibus, si exemplum nullo patenti vitio laboret (2); quippe negans praesumptionem contra se habet.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 16. *defin.* 20. *in princip.*

(2) *Fab. d. definit.* 20. *num.* 3., *et seqq.*

§. 880.

Solemnitates a notario servandae, cum instrumenta publica excipit, jure Romano, quod fere apud nos firmatum est, hae praescribebantur, nimirum, ut scribantur in charta signata (1), nisi aliud quibusdam in locis indulgeatur (2), atque exprimatur annus, mensis, dies, et locus, in quo conficiuntur instrumenta (3): immo etiam hora, si fieri potest, quoties agitur de contractibus, ex quibus nascitur hypotheca, ut ita de praelatione creditorum certo constet (4).

(1) *Novell.* 44. *cap.* 1.

(2) *V. Regul. offic. notar., et insinuat. tit.* 8. §. 4.

(3) *Novell.* 47. *cap.* 1. §. 1., *d. Regul. offic. notar. etc. tit.* 6. §. 2., *Ab-Eccles. observat.* 111. *num.* 1. *et seqq.*

(4) *D. Regul. offic. notar.* §. 2.

§. 881.

Hisce solemnitatibus aliae usu fori, et legibus municipalibus adjectae sunt. Imprimis scribi jubentur vulgari, non alio idiomate (1): tum prohibentur notarii, ne instrumenta, vel actus ultimae voluntatis conscribant, nisi cognoscant contrahentes, vel testatores

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 21.

per se, vel testimonio personarum fide dignarum (2): contrahentium, testatorum, et testium patriam, et domicilii locum exprimere jubentur, nec non patris nomen; simul adjicientes, utrum is adhuc in vivis, an fato functus sit (3). Scite haec omnia praescribuntur, ut omnis fraudibus via praecludatur.

(1) *D. Regul. offic. notar., et insinuator. tit.* 6. §. 5., *Fab. cod. hoc titul. lib.* 4. *tit.* 16. *def.* 13., *ubi tamen probatum fuit a Senatu hoc temperamentum, ut scriptura Gallico idiomate Camberii conscripta in Italum sermonem a fido interprete, a partibus electo, verteretur; eoque facto eadem Italicae, et Gallicae scripturae fides adhibenda esset.*

(2) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 22. *cap.* 1. §. 9.

(3) *Regul. offic. notar., et insinuator. tit.* 6. §. 1.

§. 882.

Praeterea tum contrahentes, tum testes instrumento subscribere debent; nisi aliqui ex his litteras ignorent, quod omnino exprimendum est (1): atque hi signare tenentur (2): deinde subscribere notarius ipse debet manu sua, idest cum signo manuali, seu tabellionali, quo uti constituit (3), nomine, et cognomine expresso (4); quae quidem statim, et uno contextu fieri opus est, ut certa sit instrumenti fides. Contrahentium autem subscriptio, vel subsignatio ita necessario praecipitur, ut alioquin viribus careat instrumentum (5).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 5. *tit.* 22. *cap.* 1. §. 9.

(2) *Regul. offic. notar., et insinuat. tit.* 6. §. 9.

(3) *D. Regul. offic. cap.* 4. §. 2. *in fin., quod quidem signum plures ita necessarium putant, ut alioquin instrumentum viribus careat, quasi non subscriptum a notario tamquam publica persona. V. Ab-Eccles. observat.* 39. *num.* 28., *et seqq., Sola de opposit. contra formam etc. Gloss.* 2. *num.* 12. *pag.* 188.

(4) *Regul. offic. etc. d.* §. 9.

(5) *Reg. Constit. d.* §. 9. *in fin.*

§. 883.

Hinc recte tradit Faber, instrumentum, quod neque scriptum, neque subscriptum sit a notario, nullam fidem facere, licet repertum sit in notarii protocollo, seu instrumentorum libro, atque in extrema protocolli pagina notarius, ut fieri solet, approbaverit omnia ante scripta instrumenta tamquam dictante, et stipulante se conscripta (1); excipit idem Faber casum, quo ex praecedentibus, aut subsequentibus paginis appareat, eo protocolli ordine, scriptum esse instrumentum, de quo discepatur, ut neque fraus, neque falsum committi potuerit (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 16. *def.* 21. *in princip.*

(2) *Fab. d. definit.* 21. *num.* 4., *et seqq.*

§. 884.

Neque necesse est, ut qui falsum dicit instrumentum a notario minime subscriptum, falsi accusationem criminalem instituat, quod utique desideraretur, si quis impugnare vellet instrumentum a notario scriptum, vel subscriptum (1), postquam placuit, de falso civiliter amplius agi non posse, sed criminaliter omnino agendum esse per inscriptionem solemnem falsi (2): quia instrumentum hoc publicam defectu subscriptionis fidem non habet (§. 882.): atque culpandus potius est, qui hujusmodi scriptura utitur, quam qui illam suspectam dicit (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 16. *d. def.* 21. *num.* 9., *et seqq.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. d. definit.* 21. *allegat.* 10.

(3) *Argum. l. Tabularum* 2. §. *ult. ff. testament. quemadmodum aperiant.* (29. 3.)

§. 885.

Quid ergo, si notarius instrumentum nec dum a se, a contrahentibus, vel a testibus subscriptum alteri contrahenti tradiderit, ut antiquioris alterius instrumenti in eo relati

diem adscriberet, tum post aliquod tempus illud subscripserit; atque a testibus, nec non ab eo, cui traditum fuerat, subscribi curaverit, neutiquam vocato altero, qui jam subscripserat? Culpa quidem non vacat notarius, cum haec inconsulta facilitas possit falsitatis materiam praebere; non tamen licet ex Fabro instrumentum falsum, et suppositum dicere, nisi instituta criminali falsi accusatione (1); quia instrumentum formam publicam habeat ex sola notarii subscriptione, quandocumque apposita sit, quamvis neque contrahentes, neque testes subscripserint (2).

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 21.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 16. def. 19. in princip.*

(2) *Fab. d. definit. 19. num. 6.*

§. 886.

Excipit jure merito Faber casum, quo testium, et contrahentium subscriptio statuto, vel lege municipali praescripta sit (1), quemadmodum apud nos (§. 882.): tunc enim instrumentum non intelligitur habere publicam formam, nisi omnes subscripserint; nihil enim actum habetur, quamdiu aliquid deest ex solemnibus ad actum requisitis (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 16. d. definit. 19. allegat. 8., ubi ita inductum tradit apud Sabaudos ex Senatus Consulto, quod ad instrumenta tantum pertinet, non ad testamenta: sed jure regio eadem in testamentis solemnitas desideratur. Reg. Constitut. lib. 5. tit. 22. cap. 2. §. 1., junct. Regul. offic. notar., et insinuator. tit. 6. §. 9.*

(2) *L. Contractus 17. cod. hoc tit.*

§. 887.

Quemadmodum testator, qui duos notarios in testamento rogavit, eos in solidum rogasse censetur, ita ut valeat, licet ab uno dumtaxat subscriptum sit (1), idem affirmandum de instrumento, nisi aliud actum appareat (2), cum et pro instrumento, ut sustineatur, in dubio fieri debeat interpretatio (3).

(1) *V. Tom. VI. §. 942., et 943. pag. 232.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 16. def. 1., et 22.*

(3) *L. Quoties 12., et passim ff. de reb. dub. (34. 5.)*

§. 888.

Si constet, notarium ex legis ignorantia solitum fuisse nullas adhibere testium subscriptiones, existimat Faber, ex aequitate sustinenda esse hujusmodi instrumenta (1); eodem plane fundamento, quo supra diximus, rata vulgo haberi instrumenta facta a notario publice adepto potestatem, quam tamen ex latente aliquo impedimento exercere prohibetur (§. 877.)

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 16. def. 1. alleg. 2. prop. fin.*

§. 889.

Sed quid, si paratus sit ille, qui instrumento neutiquam subscripto nititur, probare per testes, quae in eodem continentur? Audiendum putat Faber; quia lex municipalis instrumentum dumtaxat irritum facit, non contractum ipsum, et conventionem, quae non pendent ex scriptura (1), cum contractus in scriptis celebratus fuit (2). Sed haec convenire non videntur novo juri, quo nunc utimur, quippequod actus, et contractus ita gestos nullos pronunciat (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 16. d. def. 1. allegat. ult. in fin.*

(2) *Juxta l. Contractus 17. cod. hoc titul.*

(3) *Reg. Constit. lib. 6. tit. 22. cap. 2. §. 9. in fin.*

§. 890.

Ex his constat, instrumenta uno contextu, quantum licet, fieri debere, seu solemnitates omnes simul adhibendas esse, nisi justa aliqua caussa aliud exposcat (§. 885.): atque hinc generatim jubetur notarius, post contrahentium subscriptionem, subsignationem statim subscribere manu sua (1). Quod si post haec contrahentes quaedam adjicere, vel mutare velint, dummodo ad alios actus non diverterint contrahentes,

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 21.

adjectio rursus a contrahentibus, testibus, et notario subscribenda est (2). Hinc et tradit Faber, clausulam constituti instrumento adjici non posse ex intervallo, nisi ex auctoritate judicis, qui id permittere non aliter debet, quam addita cautione, ut nullum ex ea re aliis creditoribus, quorum interesse potest, damnum inferatur (3).

(1) *Regul. offic. notar., et insinuator. tit.* 6. *d.* §. 9.

(2) *D. Regul. offic. notar. etc. tit.* 6. §. 10.

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 16. *def.* 8.

§. 891.

Publica quidem acta etiam post contractus stipulationem inseri permittuntur: sed tituli, et privatae scripturae incontinenti coram partibus inseri debent (facta etiam speciali hujus rei mentione): nisi forte ita fieri nequeat; quo casu etiam ex post facto haec inserere licet, dummodo ante instrumenti insinuationem, adjecta etiam in calce notarii asseveratione, qua exprimatur tempus, quo privata hujusmodi scriptura tradita fuerit, nomen, et cognomen illius, a quo tradita (1). Plane mandatum procuratori datum extra ditionem instrumento inseri debet, nisi de eo plene constare possit per relationem ad aliud instrumentum insinuatum, quod jam insertum sit (2).

(1) *Regul. offic. notar. etc. tit.* 6. §. 14.

(2) *Ibid.* §. 15.

§. 892.

Errorem plane suum notarius emendare potest, licet in diè, quo instrumentum confectum fuit, erratum proponatur (1); ita tamen, ut emendatio non per simplicem cancellationem, vel abrasionem fiat, sed per adjectionem a contrahentibus, testibus, et notario subscribendam (2); atque errorem notarius prius corrigere debet, quam alterutri contrahentium descripserit instrumentum in publicam formam redactum (3). Subjicit Faber, licere ei, qui instrumentum produxit, errorem, cui expresse non consensit, allegare, et probare (4); error veritati nocere non debet (5): sed alleganti probatio incumbit (6): maxime quia instrumentum producens videtur omnia in eo contenta fateri (7).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 16. *def.* 9. *in princ.*

(2) *Regul. offic. notar., et insinuator. tit.* 6. § 11., *et* 12.

(3) *Fab. d. def.* 9. *in princ.*

(4) *Fab. cod. hoc tit. def.* 10.

(5) *L. Si in nomine* 4. *cod. de testament.* (6. 23.)

(6) *L. Si post divisionem* 4. *l. Cum testamentum* 8. *cod. de jur., et fact. ignorant.* (1. 18.)

(7) *Auth. Ad haec, post l.* 20. *cod. hoc tit.*

§. 893.

Notarius notas suas ex communi sententia extendere potest in ampliorem formam etiam ex intervallo; ita tamen, ut nihil suppleat, quod afficiat substantiam actus, et negotii, de quo agitur, sed clausulas tantum consuetas adjiciat, verba ambigua, et generalia, quae commodam interpretationem admittunt, interpretetur (1), non caetera. Alius autem notarius nonnisi clausulas tantum a defuncto notario adjici solitas interserere potest, non supplere, vel interpretari (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit lib.* 4. *tit.* 16. *def.* 18. *in princ.*

(2) *Fab. d. def.* 18. *in med.*

§. 894.

Severiores ad publicam securitatem apud nos hodie cautiones praescriptae sunt: atque decretum, ut annus, mensis, dies, locus, quo contractus celebrati sunt, nec non summae, de quibus actum est, ad extensum scribantur (1): tum prohibentur notarii, ne breviter hac nota adjecta etc. scribant actus, aut contractus clausulas; neve in matrice, ut ajunt, scriptura utantur verbis compendiosis (*), quoad ea, quae ab substantiam actus, vel contractus pertinent; nec verbis obscuris, quae facile in-

telligi nequeant, aut, quae duplicem admittunt significationem, sub poena decem aureorum (2). Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 21.

(1) *Regul. offic. notar., et insinuator. tit.* 6. §. 2., *et* 15.

(*) Abbreviature.

(2) *Regul. offic. etc. d. tit.* 6. §. 4.

§. 895.

Ex notarii viventis protocollis, seu instrumentorum libro non licet excerpere publicum instrumentum, nisi notarius ille impeditus, aut prohibitus sit, puta ex caussa criminis; quo casu, etiam notario rogato invito, sed mandante judice, potest alius notarius instrumentum describere (1): atque de judicis mandato constare debet, alioquin nullius fidei erit descriptio, utpote facta a non habente potestatem (2): nisi adversarius eo instrumento alias usus sit, aut negligens fuerit in objiciendo mandati defectu (3): atque apud nos, subjicit Faber, intra primam delationem hujusmodi objectiones omnes, quae tendunt ad labefactandam extrinsecam instrumenti formam, proponendae sunt (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 16. *def.* 26., *et* 28.

(2) *L. Barbarius Philippus* 3. *ff. de offic. praetor.* (1. 14.)

(3) *Fab. cod. hoc tit. definit.* 2. *in princ. V. Ab-Eccles. part.* 2. *observ.* 47. *per tot.*

(4) *Fab. d. def.* 2. *in fin.*

§. 896.

Si autem notarius adhuc vivens alterius opera in describendo instrumento uti velit, utique potest, dummodo ab officio non cessaverit (1), sed simul nomen, et cognomen ejus, cujus vicaria opera utitur, exprimere debet (2) Defuncto notario instrumentorum descriptio apud nos fit ab insinuatore (3), vel ab alio notario, quem suprema rationalium curia elegerit, petentibus notarii successoribus (4).

(1) *Regul. offic. notar., et insinuator. tit.* 8. §. 13.

(2) *Ibid. tit.* 6. §. 18.

(3) *Regul. offic. notar., et insinuator. tit.* 10. §. 2.

(4) *Ibid.* §. 7. *Olim apud Sabaudos Senatus notarium eligebat, cui liceret notarii defuncti instrumenta describere, et publicare: judex mandandi generaliter potestatem non habet, sed specialiter tantum, si de uno, vel altero instrumento describendo rogetur; nec haeres sine mandato describere ea potest, licet sit notarius, Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 16. *def.* 7.

§. 897.

Instrumenti publici ea vis est, ut plenam fidem in judicio faciat, saltem si authenticum sit (1), et per quadriennium, a die morae contractu praefinitae, praevia unica intra quindecim dies solvendi jussione, et praestita satisdatione paratam habet executionem; etiam contra tertium (2), nec non debitoris haeredem, modo constet talem esse (3), nisi intra id tempus exceptio aliqua dilatoria, vel peremptoria objiciatur, atque probetur (4), vel debitum illiquidum sit (5), nec in executione facile possit liquidari (6).

(1) *L. Quicumque* 2. *ff. hoc tit.*

(2) *Ab-Eccles. observat.* 110. *num.* 25. ✠

(3) *Ab-Eccles. observat.* 154. *num.* 5., *et* 15. ✠

(4) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 22. *cap.* 6. §. 1., *Ab-Eccles. observat.* 107. *num.* 28., *et seqq., et observat.* 114. *num.* 9., *et observat.* 115. *num.* 19., *et seqq., et observat.* 118. *num.* 7., *et seqq., Thesaur. decis.* 26. *num.* 2., *et* 15., *atque idem tradit de testamento num.* 9., *et* 10., *Ab-Eccles. d. observat.* 110. *num.* 26. ✠

(5) *Ab-Eccles. observat.* 109. *numer.* 15., *et seqq.*

(6) *Osasc. decis.* 129. *num.* 10., *et seqq.*

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 21.

§. 898.

Quod si non instrumentum ipsum authenticum exhibeatur, sed illius exemplum, Romano quidem juris inspecto, non probat (1), nisi fide publica transcriptum sit, citata adversa parte (2): si tamen exemplum ab eodem notario subscriptum sit, aeque probat ac instrumentum ipsum authenticum (3): atque apud nos cautum, ut eandem paratam executionem (§. praeced.) habeant instrumenta legitime (§. 896.) descripta ex protocollis defunctorum tabellionum (4): et plenam fidem in judicio faciant instrumenta excerpta ex alienis protocollis, judice mandante (5).

(1) *L. ult. ff. testament. quemadmod. aperiant.* (29. 3.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 16. *def.* 12. *in princip., et def.* 15.

(3) *Fab. d. defin.* 15. *alleg.* 1.

(4) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 22. *cap.* 6. §. 2.

(5) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 11. §. 1., *Ab-Eccles. part.* 2. *observat.* 46. *et* 47.

§. 899.

Neque exhibito legitimo exemplo pars adversa petere potest, ut exhibeatur protocollum, nisi immineat suspicio falsitatis, de qua judex certior factus fuerit (1); vel instrumentum quoad formam extrinsecam vitio aliquo laborare videatur, atque protocollum exhiberi possit (2); in manibus autem commissarii, vel graphiarii protocolli inspiciendi, et describendi potestas sit (3).

(1) *Reg. Constitut. d. lib.* 3. *tit.* 11. §. 1. *in med., Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 16. *def.* 6., *et* 16. *in princip., V. Osasc. decis.* 16.

(2) *Fab. d. definit.* 16. *num.* 2., *et seqq.*

(3) *Fab. cod. hoc tit. def.* 17.

§. 900.

Quia tamen facile indulgendum est illi, qui suae indemnitati prospicere satagit sine alterius dispendio, idcirco, si timeat, ne in exemplum error irrepserit, juste desiderat, ut ejus collatio fiat cum autographo, seu exemplari, suis utique impensis, non interrupto tamen, nec dilato cursu caussae (1): Collatio instrumenti, non secus ac exhibitio protocolli, vel matricis scripturae sumptibus petentis fieri debet (2): si neuter requirat exhibitionem, vel collationem, sed officio judicis fieri debeat, ejus sumptibus facienda est, qui suspecto instrumento nititur (3); cum adversus ipsum urgeat praesumptio.

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 3. *tit.* 11. §. 1. *in fin.*

(2) *Argum. l. Praetor ait* 4. §. *ult. ff. de edend.* (2. 13.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 16. *definit.* 27. *in princip.*

(3) *Fab. cod. hoc tit. d. definit.* 27. *num.* 1.

§. 901.

Sed quid dicendum, si matrix scriptura differat a protocollo, huic ne potius, an illi fides adhibenda? In dubio, tradit Faber, matrici potius scripturae standum esse, quam protocollo, et protocollo potius, quam exemplo (1); etenim matrix scriptura, seu minuta, ut loquuntur pragmatici, est fons, et origo, ex qua sumitur protocollum; atque ex protocollo sumitur exemplum: quare exhibens matricem scripturam nunquam cogi potest ad exhibendum protocollum (2). Atque hinc, si matrix scriptura suspecta sit, omnia suspecta fiunt, et veritas aliunde exquirenda est (3). Porro notarius a judice cogi potest, ut edat instrumentum ei, qui non rogavit, si illius interesse cognoscat (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 16. *defin.* 24., *num.* 4., *Thesaur. lib.* 3. *quaest.* 87. *num.* 3. ✠

(2) *Fab. cod. hoc tit. d. defin.* 24. *allegat.* 4. ✠, *ubi et adjicit, valere matricem scripturam, licet in protocollum redacta non sit, dummodo necessariae solemnitates in ea adhibitae fuerint.*

(3) *Fab. d. defin.* 24. *num.* 5., *et* 6. *in corp.*

(4) *V. Osasc. decis.* 57. *per tot.*

§. 902.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 21.

Instrumenta legitime facta fidem faciunt non tantum in caussis civilibus (1), sed etiam in criminalibus (2). Neque aliud tradit Imperator Hadrianus, cum ait, testibus se, non testimoniis creditorum (3); etenim per testimonia non significat instrumenta, sed depositiones testium absentium; cum intersit, testes super crimine audiri praesentes, ut ex constantia, vel tribulatione in respondendo facilius dijudicetur, quae fides ipsis adhibenda sit: quare subjicit Imperator, aliam esse auctoritatem praesentium testium, aliam testimoniorum, quae recitari solent (4).

(1) *L. In exercendis* 15. *cod. hoc tit.*

(2) *L. ult. cod. de probat.* (4. 19.)

(3) *L. Testium fides* 3. §. *Idem Divus* 3. *ff. de testib.* (22. 5.)

(4) *D. l.* 3. §. *Gabinio quoque* 4.

§. 903.

Nec tantum in loco, quo conscripta sunt instrumenta, fidem faciunt, sed et alibi, atque etiam in locis alteri Principi parentibus; non quidem summo jure, sed ex comitate, atque ita suadente publica utilitate, dummodo aliter cautum forte non sit (1), atque constet, ex publico magistratuum loci testimonio instrumentum talia continens confectum esse a publica persona, et juxta loci leges (2). Sed notarii assertio in instrumento facta probat tantum de illis, quae coram notario inter contrahentes geruntur (§. 806.); atque adversus clausulas a notariis ex stylo apponi solitas probatio facile admittitur (§. 807.). Neque sufficit, notarium scripturae alicui interesse, vel eam excipere, seu conscribere, sed requiritur, ut tamquam publica persona interveniat; alioquin non majorem, quam alter quisque privatus fidem habet (3).

(1) *V. Tom. I.* §. 303., *et seqq. pag.* 133.

(2) *Voct in ff. hoc tit. num.* 8. *in fin. post alios.*

(3) *Voct in ff. hoc tit. num.* 5., *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 12. §. 8.

§. 904.

Quamquam vero tanta sit vis instrumenti publici inter contrahentes, non tamen probat pro tertio, nec contra tertium (1): ex trita juris regula, res inter alios actae aliis nec prosunt, nec nocent (2). Sane, quin hinc aliqua praesumptio nascatur potissimum in antiquis, in dubium vocari non potest (3).

(1) *L. Imperatores* 3. *ff. de transact.* (2. 15.), *l. Saepe constitutum* 63. *ff. de re judicat.* (42. 1.)

(2) *L.* 1., 2., *et* 3. *cod. int. alios acta* (7. 60.)

(3) *L. Si duo* 13. *in princ. ff. de jurejurand.* (12. 2.)

§. 905.

Si instrumento publico mentio fiat alterius publici instrumenti, hoc non aliter fidem facit, praeterquam si exhibeatur, licet verba omnia in posteriore instrumento transcripta essent, (1) juxta vulgatum apud pragmaticos axioma: *Referenti non creditur, nisi constet de relate:* nisi relatio facta sit tantum demonstrative, ut ajunt, non taxative; ita ut posterius instrumentum perfectam orationem contineat; puta debiti alio anteriore instrumento descripti (2).

(1) *Auth. Si quis in aliquo, post l.* 7. *cod. de edend.* (2. 1.)

(2) *L. Generaliter* 13. *cod. de non numerat. pecun.* (4. 30.), *V. Tom. I.* §. 207. *disputat. pag.* 108.

§. 906.

Quaerunt hoc loco interpretes, utrum notarius instrumentum conscribere possit, ita ut publicam fidem habeat in suorum utilitatem, veluti patris, filii, et fratrum.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 21. Probabilior aliquibus videtur sententia affirmantium: nisi aliud consuetudine, vel lege municipali inductum probetur; tum quia nulla in jure Romano lex est, quae prohibeat, ne tabellionis munere fungatur pater pro filio, aut vicissim; tum quia in iis, quae publici juris sunt, non inspicitur patria potestas (1); tum demum quia notarii persona magis ad instrumenti solemnitatem, quam ad probationem adhibetur, ut ex eo constat, quod privatae etiam scripturae a duobus testibus subscriptae fidem faciunt in judicio (2).

(1) *L. Ille, a quo* 13. §. *ult., et l. seq. ff. ad S. C. Trebellian.* (36. 1.)

(2) *L. penult. cod. qui potior. in pign.* (8. 18.), *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 12. §. 1., *et seqq.*

§. 907.

Quod si objiciatur, neminem sibi, aut suis adscribere posse (1), saltem in testamento scripto (2), respondent, prohibitionem hanc tantummodo pertinere ad illos, qui tamquam privati scribunt testamenta, non ad notarios publicam personam sustinentes (§. praeced.), de quibus nulla mentio fit in legibus, quae de hac re latae sunt (3); atque ideo speciali lege opus esset de notariis (4); maxime cum odiosa, et poenalis sit prohibitio adscribendi, quamquam ad praecavendas fraudes lata; nec eadem omnino viget ratio legis in notario, ac in privato adscribente; privatus alius scribens testamentum facile inveniri potest, non ita facile alius notarius, praesertim in locis exiguioribus.

(1) *L. Senatusconsulto* 3., *et pass. cod. de his, qui sibi adscrib.* (9. 23.)

(2) *Fab. cod. eod. tit. lib.* 9. *tit.* 14. *defin. unic. in princ.*

(3) *Tot. tit. cod. de his, qui sibi adscrib., l. Divus* 15. *princ., et* §§. *seqq. ff. ad leg. Cornel. de fals.* (48. 10.)

(4) *V. Perez. in cod. tit. de his, qui sibi adscrib. num. ult., quo fundamento alibi probabilius defendimus, patrem posse tabellionis officio fungi in testamento, quo filius institutus est Tom. VI.* §. 946.: *aliud quidem placere videtur Fabro, qui tamen plura simul congerit, nec certo discerni potest, quae fuerint a Senatu definita: praeterquamquod nec litigantes commemorat; adeoque videtur potius retulisse res non definitas, sed in Senatu tractatas, quibus et privatas suas opiniones inseruit.*

§. 908.

Minus nocet, quod subjiciunt, ex Paulo testem idoneum non esse patrem filio, nec filium patri (1), notarium vero scribentem instrumentum, quo continetur obligatio favore filii sui, testis vice fungi, quatenus profitetur, haec apud ipsum gesta fuisse, atque ob id plenam fidem mereri; etenim, praeterquamquod, ut modo diximus, scripturae fidem utique addit notarius, sed et sine notarii interventu scriptura fidem habere potest (§. 906.), a privato testimonio, de quo loquitur Paulus, argumentari non licet ad illud, quod quis vi publici officii praestat; cum personarum conjunctio in his, quae publici juris sunt, non inspiciatur (d. §. 906.)

(1) *L. Testis idoneus* 9. *ff. de testib.* (22. 5.)

§. 909.

Quamquam haec non subtilitate tantum, sed et juris ratione nituntur, fatendum tamen non contemnenda esse contrariae sententiae argumenta; adeoque peroptandum, ut haec quaestio, non secus ac alia de testamento (1), suprema Principis auctoritate definiretur, prout apud Belgas non licere definitum refert Perezius (2). Interim, nisi necessitas urgeat, consultius facit notarius, qui officium suum in hisce casibus praestare detrectat; nec non melius sibi consulunt contrahentes, qui alterius notarii opera utuntur.

(1) *Quam expendimus Tom. VI.* §. 944. *ad* 946. *pag.* 233.

(2) *Perez. in cod. de his, qui sibi adscrib. lib.* 9. *tit.* 3. *num. ult.*

§. 910.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 21.

Caeterum, licet instrumenti legitime confecti ea vis sit, ut paratam habeat executionem; quia tamen parata haec executio nonnisi post quindecim dierum spatium indulgetur, atque ab executionem petente exigitur satisdatio (§. 897.), palam est, probationes adversus instrumentum hoc admitti, dummodo, ut supra diximus (§. 850.), manifestae sint (1); praesumptio, quae pro instrumento facit, juris est, non de jure, quae idcirco probationem contrariam non respuit (§. 849.): quamquam, etsi praesumptio haec juris esset, et de jure, indirecte tamen contra eam probari posset non tantum per confessionem partis, vel negando scripturam, quae producitur, instrumentum esse (§. 848.), sed et per jusjurandum praestitum a viro bonae vocis, conditionis, et famae, si Osasco assentimur (2). Non tamen admittuntur articuli ad probanda pacta verbis inita instrumento contraria (3).

(1) §. *Item verborum* 12. *instit. de inutilib. stipulat.* (3. 20.), *l. Optimam* 14. *cod. de contrahend., et committend. stipulat.* (8. 38.)

(2) *Osasc. decis.* 101. *num.* 25.

(3) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 16. §. 5.

§. 911.

Pluribus argumentis everti potest praesumptio veritatis, quae pro instrumento facit: puta si quis demonstret, se toto eo die, quo aliquo in loco praesens, et consentiens instrumento asseritur, alibi fuisse (1); si testes omnes contradicant instrumento, atque jurato deponant, negotium alio modo gestum fuisse; potiora habentur dicta testium jurejurando firmata, quam scriptura (2). Idem est, si testes negent, se praesentes instrumento fuisse, et subscripsisse (3): si instrumentum simulata contineat, puta alius pro alio emptore inseratur (4), vel alius contractus (5).

(1) *D.* §. *Item verborum* 12. *institut. de inutilib. stipulat.* (3. 20.), *d. l. Optimam* 14. *cod. de contrah., et commit. stipulat.* (8. 38.)

(2) *Novell.* 73. *cap. Si vero* 3., *V. Thesaur. lib.* 1. *quaest.* 31. *per tot.*

(3) *D.* §. 12. *institut. de inutilib. stipulat.*, *D. l.* 14. *cod. de contrahend.*, *et commit. stipulat.*

(4) *L. Acta simulata* 2. *cod. plus valer.*, *quod agit.* (4. 22.)

(5) *L. ult. cod. eod. tit.*

§. 912.

Nec ulla est instrumenti vis, si diversa, et contraria in eodem contineantur, quae invicem conciliari nullo modo possint (1); quod tamen omni modo tentandum est, ne actus pereat (2). Idem dicendum, si diversae scripturae inter se pugnantes ab eodem proferantur (3): neque in hoc in casu distinguimus, an unum instrumentum publicum sit, aliud privatum, an utrumque publicum (4); imputet sibi, qui contrariis scripturis nititur.

(1) *L. Ubi pugnantia* 188. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *L. Quoties* 12. *l. Ubi est verborum* 21., *l. Cum in testamento* 24. *ff. de reb. dub.* (34. 5.)

(3) *L. Scripturae* 14. *cod. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 16. *def.* 4.

(4) *Fab. cod. hoc tit. definit.* 31. *in princip.*

§. 913.

Sed si a diversis personis, videlicet ab actore, et reo proferantur scripturae diversae, atque ita inter se pugnantes, ut ad consensum adduci nequeant, digniori scripturae in dubio standum est; adeoque publico instrumento potius, quam scripturae privatae, nisi haec trium testium fide dignorum subscriptione munita sit; quippequae eandem ac publicum instrumentum vim habet (1): atque matrici scripturae, seu exemplari potius, quam protocollo, et huic potius, quam exemplo (2), ut modo diximus (§. 901.)

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 21.

(1) *L. Scripturas* 11. *cod. qui potior. in pign.* (8. 18.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 16. *d. defin.* 3. *num.* 2., *et seqq.*

(2) *Fab. d. def.* 3. *num.* 4.

§. 914.

Testibus inter se dissentientibus de instrumenti fide, major numerus praevalet (1): ex instrumento, seu chirographo cancellato praesumptio quidem inducitur soluti debiti, quae tamen contraria probatione elidi potest (2): idem dicendum de cancellatione, rasione, inductione, et similibus, nisi constet haec ex partium voluntate facta fuisse (3): nec suspicione caret, quod margini adjectum est, nisi testium, et notarii subscriptione munitum sit.

(1) *L.* 1. §. *ult. ff. testament. quemadmod. aperiant.* (29. 3.)

(2) *L. Si chirographum* 24. *ff. de probat.* (22. 3.)

(3) *L. Si unus* 12. *cod. de testament.* (6. 23.), *l.* 1., *et passim ff. de his, quae in testament. delent.* (28. 4.), *l. Invito* 12. *cod. de solut.* (8. 43.), *Thesaur. lib.* 1. *quaest.* 47. *num.* 7.

§. 915.

Sed quid, si notarius ipse falsa in instrumento retulisse fateatur? Confessio haec ipsi quidem notario nocet (1), non vero adimit jus tertio quaesitum per instrumentum (2); quod, utpote legitimis solemnitatibus munitum, pro contrahente probat (§. 897.); maxime quia notarius hic ex propria confessione infamis fit (3); infames autem ad testimonium dicendum non admittuntur (4). Atque idem dicendum de eo casu, quo notarius asserat, suppositam a debitore doloso personam falsi creditoris, qui solutam sibi pecuniam profiteretur (5): quare falsi probationes aliunde in utroque casu exprimendae sunt, puta ex confessione partis, dicto testium, et similibus (6).

(1) *L.* 1. *ff. de confessis* (42. 2.)

(2) *L. Non debet* 74. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) *L. Infamem* 7. *ff. de public. judic.* (48. 1.)

(4) *L. Quaesitum* 13. *ff. de testibus* (22. 5.)

(5) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 16. *def.* 11. *in princ.*

(6) *Fab. d. def.* 11. *num.* 8. *et seqq.*

§. 916.

Neque fidem amittit instrumentum in omnibus sui partibus ex eo, quod in uno, vel altero capite falsum continere constet, nisi unum sine altero principali consistere nequeat (1); ex trito axiomate utile per inutile non vitiatur, quoties unum ab altero separari potest (2): atque ita servatur in sententia, a qua in uno capite appellari potest, firmis manentibus caeteris, quae connexa non sunt (3): in testamento, quod pro parte, qua contra pietatis officium est, rescinditur (4). Si ergo in instrumento scriptum sit, Titium centena mutuo dedisse Sempronio, et Maevium pro Sempronio fidejussisse, licet Maevius, qui non subscripsit, a fidejussione immunis sit, non ideo corruit obligatio Sempronii, qui instrumento subscripsit.

(1) *Argum. l. penult. cod. de transactionib.* (2. 4.), *Fab. cod. hoc titul. lib.* 4. *tit.* 16. *def.* 29.

(2) *L. Si stipulatus* 4. *ff. de usur.* (22. 1.)

(3) *L. Etiamsi patre* 29. §. 1. *ff. de minoribus* (4. 4.)

(4) *L. Nam, etsi* 15. §. *ult. de inoffic. testam.* (5. 2.)

§. 917.

Plane consentiunt omnes, instrumentum rite confectum non vitiari, licet aliquid falsum ei adjectum fuerit (1). Neque etiam sufficiens falsitatis argumentum inde petitur, quod notarius jam alia falsa instrumenta conscripserit (2); quod enim traditur, semel malum semper praesumi malum in eodem mali genere (3), verum est odio ipsius, qui malum admisit, non alterius, quibus notarii dolus obesse non debet.

(1) *Argum. l. Verbis legati* 5. *in fin. ff. ad leg. falcid.* (35. 2.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 16. *d. def.* 29. *in fin.*

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 21.

(2) *Voet in Pandect. hoc tit. num.* 16. *in med.*, *Tesaur. lib.* 1. *quaestion.* 47., *num.* 9., 10., *et* 11.

(3) *Cap. Semel malus* 8. *extra de reg. jur. in* 6. *Decretal.*

§. 918.

Si in instrumento contineatur debitum, nec tamen illius caussa expressa sit, vim utique illud habet, sed efficaciter agere non potest creditor, nisi caussam debiti probet (1); cum obligationem sine caussa leges ratam non habeant (§. 599.). Haec tamen obligationis caussa etiam ex conditione personarum aliquando colligi potest: atque si in instrumento fiat mentio pecuniae numeratae, in dubio ex caussa mutui data praesumi debet (2).

(1) *L. Cum de indebito* 25. §. *ult. ff. de probat.* (22. 3.)

(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 17. *in fin.*

§. 919.

Duo sunt hoc loco revocanda, quae supra diximus. 1. Posse quidem, praetermissa falsi criminali accusatione, impugnari instrumentum, quod publicam formam non habet; sed criminalem hanc accusationem omnino instituendam esse, si impugnetur instrumentum publica forma instructum, videlicet quo notarius, et testes subscripserint (1); cum publicam formam non habet, negatur esse instrumentum, ac proinde non publicae, sed ad summum privatae scripturae fides in dubium revocatur: quod sine falsi accusatione, saltem criminali, permittendum est.

(1) *V. supra* §. 884. *ad* 886.

§. 920.

Alterum est, eum, qui pro se producit instrumentum, videri hoc ipso approbare, et fateri omnia, quae in eo continentur (1); atque ideo nec illud judicio eximere, nec illius fidem improbare potest, quatenus sibi nocet, licet protestatus fuerit, se illud tantummodo productum velle, quatenus sibi prodest, seu, ut ajunt, in utilibus; quia instrumentum productum videtur esse de actis, atque ideo utrique parti commune (2): quod tamen pragmatici vulgo licere putant ei, adversus quem instrumentum productum fuit (3). Errorem, cui expresse non consensit, allegari posse, et probari ab eo, qui instrumentum producit, supra demonstravimus (§. 892.).

(1) *Auth. Ad haec, post l.* 20. *cod. hoc tit. V. supra* §. 892.

(2) *Osasc. decis.* 39. *num.* 40., *et* 41.

(3) *Voet in ff. hoc tit. num.* 18.

§. 921.

Tituli Digestorum, et Codicis inscripti sunt de fide instrumentorum, et amissione eorum: quare pauca de instrumentorum amissione dicere praestat. Generalis hic traditur regula, amissionem instrumenti non nocere creditori, dummodo aliter, puta per confessionem partis, vel per testes de negotio celebrato constet (1); nec interest, quod scriptura ex partium conventione, vel statuto, aut legis municipalis sanctione ad vim contractus necessaria sit, dummodo in hoc casu demonstretur, scripturam legitime confectam fuisse (2).

(1) *L.* 1., *l. Sicut iniquum* 5., *l. Si solemnibus* 7. *cod. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 16. *defin.* 25.

(2) *Argum. l. Testium* 18. *in fin. cod. de testib.* (4. 20.)

§. 922.

Si ergo amissum dicatur instrumentum ab eo, qui illud allegat, intentionem suam aliis argumentis probare debet: si vero tertius, cujus nihil interest, instrumentum amisisse dicat, absolvendus est, dummodo jurejurando profiteatur, se neque illud pos-

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 21.

sidere, neque dolo malo possidere desiisse (1): quemadmodum absolvitur is, a quo iterata instrumenti editio postulatur, si juret se illud amisisse (2); nisi singularia rerum, vel personarum adjuncta aliud suadeant in utroque casu (§. 823.).

(1) *L. ult. in med. versic. Sed si quis juret cod. hoc tit.*

(2) *L. penult. cod. hoc tit.*

§. 923.

Multo minus creditor repellendus est, licet amiserit chirographum obligationis, si de debito aliunde constet, atque paratus sit, debitori tradere apocham liberationis (1): quinimmo plures sentiunt, nec immerito, cogi posse debitorem, ut in locum amissi, vel attriti chirographi cujuscumque obligationis aliud scribat, et tradat creditori, quoties debitum in confesso est, aut aliunde probatum (2): nec non ad conficiendum instrumentum venditionis, puta de qua plene convenerit (3).

(1) *L. Pecuniae* 14. *cod. de solut.* (8. 43.)

(2) *Argum. l. Chirographis* 47. *ff. de administrat., et peric. tutor.* (26. 7.)

(3) *Argum. l. Plures* 19. *cod. hoc tit.*

Appendix

De scripturis privatis.

SUMMARIA.

Scriptura privata plene probat contra scribentem: atque is plectitur, si temere scripturam neget. §. 924.

Quid si instrumentum privatum quis scripserit de debito, non tamen subscripserit? §. 925.

Creditor scripturam privatam habens imprimis adversarium interpellare debet, an eam fateri velit? §. 926.

Tribus modis scripturae privatae fides fieri potest. §. 927.

Scriptura privata per testes non probatur, nisi ii jurato deponant, se vidisse eam subscribi a debitore, suas, atque aliorum testium subscriptiones recognoscant. §. 928.

Quid si scriptura ab alio, debitore mandante, subscripta asseratur? §. 929.

Scripturae privatae per testes habentes notam manum probandae modus infirmus est, et periculi plenus. §. 930.

Litterae cambii per testes habentes notam manum semiplene probantur. Quid de scripturis publicis? §. 931.

Scripturae recognitio facta per testes habentes notam manum plus, vel minus probat pro rerum, et personarum diversitate. §. 932.

Quid si unus testis subscriptiones omnes recognoscat? §. 933.

Scripturae privatae nova recognitio peti potest a debitore. §. 934., *et* 935.

Creditor, qui nititur scriptura privata, non praefertur posteriori instrumentario, licet debitor sponte scripturam fateatur. §. 936.

Scripturae recognitio nihil operatur quoad jus praelationis tertio quaesitum. §. 937.

Quid si scripturam privatam fateatur creditor instrumentarius, vel in contumaciam ipsius recognita sit? §. 938.

Quid si scriptura privata recognita fuerit, citato, et praesente tantum uno ex creditoribus? §. 939., *et* 940.

Comparatio litterarum periculi plena est; passim tamen ex necessitate admittitur. §. 941.

Comparatio scripturae semiplene tantum probat. §. 942.

Comparatio litterarum inutilis est, si debitor scripturam fateatur. §. 943.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 21.

Scripturae comparatio fieri debet ex alia scriptura, de cujus veritate certo constet. §. 944., *et* 945.
Scripturae comparatio ex libro rationum an fieri possit? §. 946.
Comparatio scripturae fit per peritos. Qui in hac re periti habeantur? §. 947., *et* 948.
Comparatio litterarum plene probat in litteris cambii. §. 949.
Debitori, cujus odio scriptura recognita fuit, salvae sunt omnes exceptiones adversus eandem. §. 950.
Epistola per solam litterarum comparationem plene non probatur. §. 951., *et* 952.
Scriptura reperta inter scripturas defuncti non magis probatur per litterarum comparationem, quam caeterae. §. 953.
Litterarum comparatio in caussis criminalibus vix admitti potest. §. 954.
Quid de scripturis privatis in acta publica relatis? §. 955.
Quid de libris, quos advocati, procuratores, et similes scribere solent de salariis sibi debitis? §. 956.
Liber rationum fidem pro scribente non facit, nisi accepta, et data omnia speciatim notata sint. §. 957.
Quid de libris societatis promiscue per omnes socios scriptis, vel per unum ex voluntate aliorum? §. 958.
Quae per scripturam probari debeant? §. 959.
Scripturae privatae neutiquam scriptae ab adversario cum autographo, ut fidem faciant, conferendae sunt. §. 960.

§. 924.

Hactenus exposita pertinent ad conditiones, vim, et jura publici instrumenti: pauca supersunt dicenda de scripturis privatis. Privatae scripturae, seu quae a privatis privata auctoritate confectae sunt (§. 872.), contra scribentem plene probant, non secus ac publicae (1), dummodo de scriptura constet potissimum ex confessione scribentis, qui si temere negaverit scripturam suam, jure Romano in duplum condemnatur, nisi deinceps jurejurando ipsi delato, debitum confiteatur (2); moribus vero arbitraria poena temerarius inficiator plecti solet (3): apud nos quinque aureorum praeter impensas, damna, et id, quod alterius interest (4).

(1) *L. Publica* 26. §. *ult. ff. deposit.* (16. 3.), *l. penult. cod. qui potior. in pign.* (8. 18.)
(2) *Auth. Contra, qui post l.* 4. *cod. de non numerat. pecun.* (4. 30.)
(3) *Voet in ff. hoc tit. num.* 11. *fer. in princip.*
(4) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 12. §. 6.

§. 925.

Nec interest, utrum ipse, cui scriptura privata tribuitur, manu sua eam scripserit, et subnotaverit, an tantum subscripserit scripturae ab alio exaratae, vel subsignaverit (1): dummodo alterutrum praestiterit, scriptura adversus ipsum probat: sed si instrumentum privatum scripserit de suo debito, non tamen subscripserit, nec nomen suum instrumento ita inseruerit, vel praemiserit, ut supervacua subscriptio videatur, prout apud Romanos in usu erat (2), nulla est hujus scripturae, utpote imperfectae, vis ad probandum debitum (3); tum quia praesumi potest per hanc scripturam alienae tantum obligationi ministerium praebere voluisse; tum quia spe futurae numerationis neutiquam secutae scribi potuit. Ergo, nisi ex aliis indiciis constet de suscepta obligatione (4), per scripturam hanc probari non potest. Idem dicendum de eo, qui subscripserit folium album, nisi probetur, scientiam scribendorum habuisse, et iis consensisse, non tenetur (5): non tamen dies, vel annus necessario adjici debent (6).

(1) *D. l. penult. cod. qui potior in pign.* (8. 18.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 16. *def.* 23.

aetatis, aliisque adjunctis admodum variari potest (1), nec non ab aliis imitando effingi; ideo nisi alia concurrant indicia, nec semiplenam ex communi sententia probationem regulariter facit (2).

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 4 Cod. l. 4. tit. 21.

(1) *D. Novell.* 73. *cap.* 1. *in princip.*, *Thesaur. lib.* 1. *quaestion.* 4. *num.* 1.
(2) *Ab-Eccles. d. part.* 2. *observat.* 49. *num.* 5. ✠

§. 931.

Dicimus, modum probandae scripturae per testes habentes notam manum, regulariter infirmum esse (§. praeced.); quaedam enim scripturae sunt, in quibus semiplena probatio hinc eruitur; nimirum in litteris cambii, in quibus nulli testes adhiberi solent, proinde creditori deferri potest jusjurandum in supplementum probationis, atque etiam sufficere potest recognitio facta per comparationem litterarum (1). Idem tradunt pragmatici de scripturis publicis (2). Immo pronunciavit Senatus, necessariam non esse recognitionem subscriptionis, aut sigilli in apochis liberationis, quae fiant a Thesaurariis, vel receptoribus Principis; utique vero, si factae fuerint a Thesaurariis, vel receptoribus provincialibus (3).

(1) *Ab-Eccles. d. part.* 2. *observat.* 49. *num.* 6. ✠, *Thesaur. d. lib.* 1. *quaest.* 24. *num.* 16. ✠, *et* 22. ✠ *post alios plures.*
(2) *Ab-Eccles. ibid. num.* 12.
(3) *Ab-Eccles. ibid. num.* 13. ✠

§. 932.

Si alia concurrant indicia, recognitio facta per testes habentes notam manum plus, vel minus probare potest, prout judici videbitur, singulis rerum, et personarum adjunctis pensatis (1). Hinc Senatus censuit, plene probari scripturam a testibus de nota manu, et peritia characteris recognoscentibus, si debitor confessus fuerit, apocham a se scriptam, vel subscriptam; sed *cum qualitate*, ut ajunt; puta adjicens se solvisse, vel debitum sine caussa contractum fuisse (2).

(1) *Ab-Eccles. d. part.* 2. *observat.* 49. *num.* 8.
(2) *Ab-Eccles. ibid. num.* 9. ✠, *et observat.* 48. *num.* 16., *et ult.* ✠

§. 933.

Quinimmo si unus ex testibus, qui subscripserunt, recognoscat subscriptionem suam, aliorum testium, et debitoris, placuit interrogari posse alios testes habentes notam manum; etenim testis subscriptus ita recognoscens semiplene probat, atque si jungatur depositio aliorum testium de nota manu, vel per comparationem litterarum, exurgit plena probatio (1).

(1) *Ab-Eccles. d. observat.* 49. *num.* 11. ✠, *Thesaur. d. lib.* 1. *quaest.* 24. *num.* 14.

§. 934.

Quaesitum olim fuit, an facta recognitione scripturae per testes habentes notam manum, nec non per comparationem litterarum officio judicis, liceat adversae parti postulare, ut fiat nova recognitio per peritos asserentes se habere notam manum debitoris defuncti, atque ita probetur, subscriptionem non esse de manu debitoris. Petitio haec prima fronte visa fuit rejicienda (1); utpotequia non debitori, qui negat apocham defuncti debitoris esse, sed creditoris, qui affirmat, probandi onus incumbat (2).

(1) *Ab-Eccles. part.* 2. *observ.* 49. *num.* 14. *in princip.*
(2) *L. Ei, incumbit* 2. *ff. de probat.* (22. 3.), *l. Actor.* 23. *cod. eod. tit.* (4. 19.)

§. 935.

Quia tamen infirma, et periculi plena est probatio per testes de nota manu, vel per litterarum comparationem (§. 930.), et reo facilius permittendae sunt defensiones, merito censuit Senatus, non esse denegandam novam apochae, et contrariam recognitionem per testes habentes notam manum (1); cum litterarum comparatio negative non secus ac per affirmationem fieri possit (2); atque priorum testium fides de similitudine characteris deponentium minuatur per contrariam posteriorum asseverationem (3).

Inst. l. 4. tit 6. ff. l. 22. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 21.

(1) *Ab-Eccles. d. observat.* 49. *num.* 14. *in fin.* ✠
(2) *Novell.* 73. *in princ.*
(3) *Ab-Eccles. observ.* 49. *num.* 14., *et* 15. ✠

§. 936.

Diximus alibi (1), creditorem, qui nititur scriptura privata, licet prior tempore sit, non praeferri in hypotheca creditori posteriori, de cujus credito per publicum instrumentum constet, nisi privata scriptura trium testium fide dignorum subscriptione munita sit (2). Idem porro jus est, licet debitor sponte scripturam fateatur, seu recognoscat; non ideo praefertur in actione hypothecaria creditor tertio possessori habenti publicum instrumentum cum hypotheca posteriori, nisi probet hypothecam alio modo, quam per scripturam privatam (3), ne sit in potestate debitoris, diem repraesentando, seu datam anticipando, deteriorem facere creditorum conditionem (4).

(1) *V. Tom. IX.* §. 1581., *et seqq. pag.* 303.
(2) *L. Scripturas* 11. *cod. qui potior. in pign.* (8. 18.)
(3) *Ab-Eccles. part.* 2. *observ.* 50. *num.* 1., 2., *et* 3.
(4) *L. Non debet* 74. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 937.

Hinc, si tertius contraxerit cum communi debitore post scriptum chirographum, sed ante recognitionem, praefertur tamen tertius habens pro se instrumentum, licet scriptura deinde per confessionem debitoris, sive per testes, vel alio modo recognita sit; neque fit retrotractio ad tempus scripti chirographi; cum recognitio definiat utique scripturam privatam vere subscriptam fuisse a communi debitore, nihil autem operetur quoad jus praelationis tertio quaesitum (1). Sane, cum ex chirographo a tempore recognitionis judicialis hypotheca nascatur juxta Fabri sententiam, jure apud suos recepto (2); vel saltem suum ab eo die effectum habeat, si de ea expresse in chirographo conventum sit (3), creditor chirographarius praefertur instrumentario, qui post recognitum chirographum contraxerit, prout ferunt generales juris regulae de pignoribus latae (4).

(1) *Ab-Eccles. d. observat* 49. *num.* 4., 5., *et* 6. ✠
(2) *Fab. cod. de obligat.*, *et act. lib.* 4. *tit.* 7. *defin.* 13. *in med.*
(3) *Ab-Eccles. d. part.* 2. *observ.* 49 *num.* 4. *in fin.*, *et num.* 5.
(4) *L. Potior est* 11. *ff. qui potior. in pign.* (20. 4.)

§. 938.

Cum praelatio hypothecae pro creditore posteriore publicum pro se instrumentum habente adversus anteriorem, qui nititur scriptura privata a tribus fide dignis testibus neutiquam subscripta, potissimum inducta sit ob periculum, ne dies repraesententur (1), si creditor instrumentarius sponte fateatur, seu recognoscat scripturam, periculo, et caussa legis cessante, existimat post alios Ab-Ecclesia, cessare quoque praelationem (2); quemadmodum et, si scriptura privata pronuncietur pro recognita in contumaciam ipsius (3); sibi imputare debet, cur in judicium vocatus, ut jura sua tueretur, pertinaciter venire recusaverit.

(1) *D. Tom. IX.* §. 1581. *pag.* 303.
(2) *Ab-Eccles. observat. forens. part.* 2., *d. observat.* 50. *num.* 8. *in princip.*
(3) *Ab-Eccles. d. num.* 8. *in fin.*

§. 939.

Quia tamen res inter alios acta aliis nocere non debet (1), idcirco scriptura per testes, qui eidem subscripserunt, in judicio recognita, citato, et praesente uno ex creditoribus, huic quidem nocet (§. praeced.), non caeteris, qui judicio non adfuerunt, nec adesse per contumaciam detrectarunt (2): tum maxime quia debitor forte, et praesens creditor colludere possent in necem creditorum absentium; quo fundamento traditur, de unoquoque negotio praesentibus omnibus, quos caussa contingit, judicandum esse (3).

(1) *L.* 1., *et pass. cod. int. alios acta* (7. 60.)
(2) *Ab-Eccles. d. observat.* 50. *num.* 9. ✠
(3) *L. De unoquoque* 47. *ff. de re judicat.* (42. 1.)

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 21.

§. 940.

Disputant interpretes, an depositio testium semiplene saltem probet odio creditorum absentium, si mortui sint testes, ita ut amplius interrogari non possint. Quidam affirmant; communiter tamen placet, nonnisi praesumptionem quandam hinc nasci, nisi res sit in antiquis, vel jus creditorum absentium connexum appareat cum jure creditoris, quo praesente scriptura a testibus recognita fuit (1) Sed hic prudens versatur judicis arbitrium, ratione habita temporis, connexionis, conditionis personarum, et similibus (2): facti quaestiones, ut omnes norunt, a prudentis judicis arbitrio plerumque pendent (3).

(1) *Ab-Eccles. observat. forens. part.* 1. *d. observat.* 50. *num.* 12.
(2) *Ab-Eccles. d. num.* 12. *in fin.*
(3) *L. Voluntatis* 7. *cod. de fideicommiss.* (6. 42.)

§. 941.

Quae hactenus diximus de probanda scripturae veritate per testes habentes notam manum, lucem afferunt postremo probationis in hac re modo (§. 927.), qui fit per comparationem litterarum, cum haec parum, aut vix distet a probatione per testes de nota, ut ajunt, manu. Probatio scripturae privatae, quae fit per litterarum comparationem, periculi plena est, cum hodie potissimum multi sint, qui alienas scripturas imitantur (§. 930.): apud nos tamen, non secus ac apud alias plerasque gentes, in usu est, saltem in caussis civilibus (1), prout jure Romano cautum invenitur (2).

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 12. §. 4., *Fab. cod. de probat. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 71. *in princip.*
(2) *L. Comparationes* 20. *cod. hoc tit.*

§. 942.

Hinc, ex communi sententia, scriptura per litterarum comparationem non plene, sed semiplene tantum probatur: proinde, nisi alia concurrant indicia, condemnatio sequi non potest (1): puta si unus superstes sit testis ex duobus, qui eidem subscripserunt (§. 933.); si enim testes omnes, qui subscripserunt, scripturam plene recognoscant, inutilis fit comparatio literarum (2); vel jusjurandum praestet creditor, qui scriptura privata nititur, in supplementum probationis (3), prout supra diximus de probatione per testes habentes notam manum (§. 931.); vel si adversarius scripturam fateatur, sed cum qualitate (§. 932.)

(1) *Thesaur. quaest. forens. lib.* 1., *quaest.* 24. *num.* 11.
(2) *Thesaur. ibid. num.* 16. *in fin.*
(3) *Thesaur. ibid. num.* 6. ✠ *V. supra* §. 928., *et* 929.

§. 943.

Si debitor, adversus quem agitur, fateatur, chirographum a se scriptum vel subscriptum, necessaria non est comparatio literarum, si agatur adversus ipsum debitorem (1), dummodo simpliciter confessus fuerit, non cum qualitate (2): utique vero si disceptetur de jure praelationis hypothecae adversus creditorem posteriorem, qui pro se habeat publicum instrumentum (§. 936.): confitendo quisque sibi nocere potest, non alteri (3).

(1) *L.* 1. *ff. de confessis* (42. 2.), *Thesaur. d. lib.* 1. *quaest.* 24. *num.* 11., *et* 12.
(2) *Thes. ibid. num.* 13., *V.* §. 932.
(3) *L. Non debet* 74. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 944.

Scripturae privatae comparatio fieri debet ex alia scriptura, de cujus veritate dubitari non possit: adeoque vel ex publicis instrumentis, vel aliis scripturis privatis,

Inst. l. 6. tit. 6. ff. l. 22 tit. 4. Cod. l. 4. tit. 21.

quae tamen a tribus testibus subscriptae sint: ut enim scite animadvertit Justinianus, necesse est, ut imprimis certo constet de exemplari, antequam exempli comparatio fieri possit (1). Hinc si comparatio facienda sit cum scripturis publicis, et authenticis, atque adversa pars neget, eas tales esse, judex definire debet, quod aequum ipsi videtur, antequam comparatio fiat (2).

(1) *L. Comparationes* 20. *codic. hoc titul.*

(2) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 12. §. 4.

§. 945.

Quia tamen scripturam trino teste notatam requirit Justinianus, ut certo constet de exemplari (§. praec.), idcirco, si aliunde certum sit, scripturam, ad quam altera exigi debet, seu cum qua comparari, illius esse, qui negat scripturam privatam, de qua disceptatur, a se scriptam, vel subscriptam fuisse, puta ex propria confessione, recte sumi potest comparatio ab illa (1). Idem dicendum, si comparatio fiat ex scripturis, quibus adversarius utitur, et profert, vel quae e publicis archiviis educuntur; quippe hae publicam fidem habent (2).

(1) *Thes. d. lib.* 1. *quaest.* 24. *num.* 6. *in fin.* ✠

(2) *Auth. Ad haec, post d. l.* 20. *cod. hoc tit.*, *Novell.* 49. *cap. Illud etiam* 2., *Osasc. decis.* 69. *num.* 2., *et seqq.*

§. 946.

Sed non eandem fidem habet liber rationum scriptus ab eo, qui scripturam negat, ut ex illo comparatio fieri possit (1); licet enim contra scribentem probet (2), non tamen publicam, vel quasi publicam fidem habere censetur, prout requiritur (3). Quamquam, si liber iste reperiatur penes adversarium negantem, comparatio inde facta semiplene probare posset; atque prudens judicis arbitrium in eo plurimum versari, non sine fundamento existimat Thesaurus (4).

(1) *Thes. d. lib.* 1. *quaest.* 24. *num.* 23. ✠

(2) *V. supra* §. 813., *et seqq.*

(3) *D. l. Comparationes* 20., *et Authent. sequ. cod. hoc tit.*

(4) *Thesaur. dict. num.* 23. *fer. in princip.*

§. 947.

Definita scripturae vi, ad quam alterius privatae comparatio fieri debet, periti hinc inde eligendi sunt, ita ut quisque suum sistat; unus vero a judice ex officio eligitur, si alter ex litigantibus contumax sit, vel non elegerit, aut electi inter se dissentiant (1): immo, peritis dissentientibus, judex cogere potest ad scribendum coram se, ut hujus cum alia scriptura, quae negatur, comparatio fiat (2), atque definire possit, quod aequius videbitur; cum nec plena probatio hinc erui possit, propter mutationem characterum ex eadem manu vel propter aetatem, vel propter alias caussas (3).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 3. *tit.* 12. §. 5.

(2) *Thesaur. dict. lib.* 1. *quaest.* 24. *num.* 9.

(3) *Novell.* 73. *cap.* 1.

§. 948.

Periti in hoc argumento habentur actuarii, procuratores publice probati, scribae tribunalium, insinuatores, et notarii (1): neque opus est, ait Thesaurus, ut periti sint de manu scribentis, dumodo periti sint litterarum, et apti judicium suum super scriptura, visis diligenter omnibus scripturis, interponere; quia non coguntur deponere, et jurare super facto scripturae; sed jurant, se credere scripturam esse de manu illius, qui scripsisse negat (2). Subjicit Thesaurus: et debent isti periti bene advertere ad similitudinem scripturae; quia nulla resultaret probatio ex comparatione, nisi adesset omnimoda similitudo (3).

(1) *Pratic. Legal. part.* 1. *tit.* 10. §. 9. *pag.* 44.

(2) *Thesaur. dict. lib.* 1. *quaest.* 24. *num.* 8.

(3) *Thesaur. d. num.* 3. *post init.*

§. 949.

Superius diximus, litteras cambii, licet inter privatas scripturas recenseantur, semiplene probare, ita ut juncto jurejurando plena fiat probatio: immo et in illis plene probet litterarum comparatio (§. 931.), contra quam inter alios litigantes servatur (§. 942.); quia inter mercatores bona fides exuberare debet: ex quo infert Thesaurus, multo magis scripturam probari, si praeter litterarum comparationem adsint testes, qui de credulitate tantummodo deponant (1).

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 21.

(1) *Thes. d. lib.* 1. *qu.* 24. *num.* 16.

§. 950.

Caeterum, licet scriptura semel recognita sive per comparationem litterarum, sive alio quocumque modo, vocato, et contranitente debitore coram aliquo tribunali, eandem fidem faciat etiam apud supremas curias contra ipsum (1), non quoad tertios creditores minime vocatos (2), salvae tamen in omni casu sunt exceptiones omnes debitori spectantes adversus eandem scripturam, licet speciatim jura haec non exceperit debitor in actu recognitionis (3).

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 12. §. *ultim.*
(2) *V. supra* §. 936., 938., *et* 939.
(3) *Reg. Constit. ibid.* §. 7.

§. 951.

Quae hactenus exposuimus, communiter probantur: sed duae sunt scripturarum species, de quibus non eadem est omnium sententia: nimirum epistolae, et scripturae repertae inter caetera authentica defuncti instrumenta. Sunt, qui putant, epistolam plene probari per comparationem litterarum sine aliis indiciis, seu adminiculis; et moventur hanc ratione, quod apocha datur a debitore creditori praesenti, qui idcirco sibi imputare debet, cur testes adhiberi non curaverit: epistola vero ad absentem mittitur, cui negligentia haec imputari nequit.

§. 952.

Verum legibus, et aequitati magis consentanea est sententia idem de epistola, ac de apocha statuentium (1), nisi agatur de litteris cambii (§. 931.); legibus quidem; nam Justinianus prospicere voluit periculo fraudis, non creditoris negligentiam coercere (2); idem porro imminet falsitatis periculum in epistolis, ac in chirographis, vel apochis; adeoque idem jus servari debet (3). Sane, si praeter scripturae comparationem appareat, epistolam debitoris sigillo munitam fuisse, vel nuncius ferens epistolam testetur sibi a debitore, tanquam ab ipso scriptam, traditam fuisse, facilius judex comparationi fidem adhibere poterit (4): junctae simul probationes, licet omnes per se infirmiores sint, vim habere possunt (§. 801.).

(1) *Thes. d. lib.* 1. *quaest.* 24. *num.* 20., *et* 21.
(2) *L. Comparationes* 20. *cod. hoc titul.*
(3) *L. Illud quaesitum* 32. *ff. ad leg. Aquil.* (9. 2.)
(4) *Thes. d. loc. num.* 21. *in fin.*

§. 953.

In altera quaestione, an scriptura reperta inter scripturas defuncti plenam fidem mereatur ex sola litterarum comparatione; puta si pater ita proponatur testatus inter liberos, prout potest (1); sed dubitetur, an scriptura illa vere patris sit, nec ne, existimat Thesaurus, idem jus servandum, ac in apocha, vel epistola, ita ut semiplena tantum probatio hinc eruatur, nisi alia concurrant adjuncta, puta pater dixerit, volo servari testamentum, vel pro testamento, quod continetur scriptura, posita in tali loco (2); etenim favor parentibus concessus, ut, omissis juris solemnitatibus, inter liberos testari possint, seu res inter liberos distribuere, supponit certo constare de voluntate patris ita testantis; nec comparatio litterarum magis probat scripturam hanc

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 4. Cod. l. 4. tit. 21.

patris esse, quam aliam esse illius, cui adseritur: atque tum patris, tum filiorum interest, ne temere recipiatur scriptura, cujus veritas in dubium revocari potest (3), maxime si non ex paternae pietatis officio bona inter liberos divisa appareant.

(1) *L. Hac consultissima* 21. §. 1. *cod. de testament.* (6. 23.)

(2) *Thesaur. dict. lib.* 1. *quaest.* 24. *num.* 25.

(3) *Argum.* §. 1. *instit. de militar. testament.* (2. 11.)

§. 954.

In caussis criminalibus, si Fabro credimus, comparatio litterarum admittenda non est (1); quia in his majus versatur periculum capitis, existimationis, aut fortunae; ideoque probatio tot fraudibus obnoxia (§. 941.) recipi non debet: ita ut ne indicium quidem ad torturam ex litterarum comparatione sumi possit, nisi forte reus mala fama admodum suspectus sit (2).

(1) *Fab. cod. de probat. lib.* 4. *tit.* 14. *defin.* 71. *num.* 4., *et seqq.*

(2) *Fab. d. def.* 71. *num.* 5., *Thes. lib.* 1. *quaest.* 24. *num. ult.*

§. 955.

Privatae scripturae, ut supra diximus (§. 872.), censentur, quae scriptae, vel subscriptae fuerint a personis publicis, non tamen tamquam publico munere fungentibus, ita ut recognitioni per testes, vel per litterarum comparationem subjaceant (1): aliud traditur de scripturis, quibus aliqua promissio, vel conventio continetur; quippe, si rite in acta publica relatae fuerint, seu insinuatae, atque sigillo insinuationis munitae proferantur, eandem ac publica instrumenta vim habent; quin ulla recognitio necessaria sit (2): immo paratam habent executionem non secus ac instrumenta publica (§. 897.), si modo ex partium consensu fuerint insinuatae; ita ut eadem fides adhibenda sit exemplo in archiviis insinuationis reposito, ac exemplari penes creditorem existente, sed vim tantum habent inter contrahentes privatae scripturae, si jussu magistratus in acta publica relatae fuerint (3).

(1) *Reg. Constitut. lib.* 3. *tit.* 12. §. 8.

(2) *Reg. Constitut. ibid.* §. 9.

(3) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 22. *cap.* 6. §. 3.

§. 956.

Ex his satis constat, privatas scripturas probare contra scribentem, vel subscribentem, dummodo certum sit, ab eo scriptas, vel subscriptas fuisse: quod si scripsisse fateatur, sed falsa alleget, quae scripta sunt, falsitatem probare tenetur (1): non tamen probant pro scribente (§. 814.), nisi pars adversa pro se scripturam produxerit (§. 815.): vel scripturae publicam fidem habere censeantur, veluti libri ex officio confecti ab exactoribus (§. 817.). Libri mercatorum per se semiplenam tantum fidem faciunt (§. 818. et 819.). Mercatorum libris in fide facienda similes putat Voet libros rationum, quos advocati, procuratores, aliique his similes scribere solent de salariis sibi debitis (2): quamquam et hic prudens judicis arbitrium versatur, rerum, et personarum qualitate inspecta.

(1) *Argum. l. Generaliter* 13. *cod. de non numerat. pecun.* (4. 30.)

(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 13. *in princip.*

§. 957.

Codex rationum non aliter fidem facit pro scribente, prout tradit Faber (1), nisi accepta, et data omnia specialiter notata sint, non in folle (2), ut perspicue appareat, quid acceptum, atque expensum sit: exprimi quoque debent nomina eorum, a quibus acceptum, vel quibus datum est, si fieri possit: praeterea exprimenda est caussa, propter quam datum est (3), cum solutiones, et obligationes sine caussa non subsistant (4): potissimum si agatur de societate particulari, in qua ratio non habetur eorum, quae in aliam negotiationem impenduntur (5).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 16. *definit.* 5.

(2) *L. Cum servus* 82. *ff. de condit., et demonstrat.* (35. 1.)
(3) *Argum. l. Nuda ratio* 26. *ff. de donationib.* (39. 5.)
(4) *L. Palam est* 2. §. *Circa primam* 3. *ff. de dol. mal., et met. exception.* (44. 4.)
(5) *L. Cum duobus* 52. §. *Si quis ex sociis* 15. *ff. pro soc.* (17. 2.)

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20.

§. 958.

Libros tamen acceptorum, atque expensorum repertos in archiviis monasterii, vel alterius universitatis, aut collegii tum favore monasterii, vel universitatis, tum contra tertios probare in antiquis, supra diximus (§. 813.): libri autem societatis inter ipsos socios facilius probant, si promiscue per omnes socios scripti sint, vel per unum ex voluntate aliorum (1), dummodo explicite, et speciatim quoad fieri potest, et decet, omnia scripta sint (§. praeced.).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 13. *in medio.*

§. 959.

Postremo hic revocandum, quod supra diximus, per scripturam probari debere insinuationem; et omnes actus legitimos, qui apud acta fieri jubentur (§. 824.); clericatum (§. 825.), nisi de sola beneficii possessione apud judicem laicum contendatur (§. 826.): titulum in beneficialibus (§. 827.): quamquam ex quinque testium depositione probari posse, quae scripturam ex legis, vel statuti sanctione requirunt, ex pragmaticorum sententia, atque etiam adversario jusjurandum deferri posse, animadvertimus (1).

(1) *V. d.* §. 824. *in fin.*

§. 960.

Quod pertinet ad privatas scripturas, quae ab adversario scriptae non sunt, sed ab alio, atque producuntur ad fidem alicujus rei faciendam; veluti scripta testimonia baptismi, mortis, census (*), si adversarius his fidem adhibere detrectet, vel objiciat, scripturas privatas esse, quae in judicio non probant; qui eas allegat, petere debet, ut certa per judicem definienda die harum collatio fiat cum autographo, seu exemplari, unde excerptae sunt (1).

(*) Catastro.
(1) *V. Pratic. legal. part.* 1. *titul.* 10. §. 7.

TITULUS XX.

De testibus.

Instit. lib. 4. tit. 6. *De actionib.*
Digest lib. 22. tit. 5. } *De testibus.*
Codic. lib. 4. tit. 20. }

SUMMARIA.

Testes eandem vim habent ac instrumenta. §. 961.
Instrumenti vis testibus infimari potest. Quid si testes deponant contra instrumenti verba? §. 962.
Census, et publica monumenta potiora testibus habentur. §. 963.
Quae sint de testibus investiganda? §. 964.

§. 961.

Quamquam testes plerumque ad fidem in judicio faciendam adhiberi non solent, nisi instrumenta deficiant, haec tamen regula aliquando fallit; cum immo testes adversus instrumentum producantur, et audiri debeant, ita ut ex illorum depositione

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20.

infirmari possit publici instrumenti vis (§. 911.). Ergo vel testes soli producuntur, vel cum instrumentis. In primo casu generatim traditur, in exercendis litibus eandem vim inesse instrumentis, ac testium depositionibus (1); adeoque sententiam a judice aeque ex testibus, ac ex publicis scripturis ferri posse.

(1) *L. In exercendis* 15. *cod. de fid. instrumentor.* (4. 21.)

§. 962.

Si vero hinc testes, inde proferantur instrumenta, testibus potius, quam instrumentis, quae speciali jure non utantur, credendum est (saltem si instrumentum falsum dicatur, non aeque si contra instrumenti verba testificentur, praesertim notario mortuo, prout existimat Faber (1)); maxime quia instrumenta testium subscriptionem desiderant usu fori (§. 882.): atque ideo supra ex Justiniano (2), diximus instrumentorum fidem per testes contrarium asserentes everti posse (§. 911.). Quo autem sensu dixerit Hadrianus, testibus se, non testimoniis crediturum, supra explicavimus (§. 902.)

(1) *Fab. cod. de testib. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 15., *ubi tamen ita tractatum, non definitum fuit.*

(2) *L. Optimam* 14. *cod. de contrahend., et committend. stipulat.* (8. 38.), §. *Item verborum* 12. *instit. de inutilib. stipulat.* (3. 20.)

§. 963.

Contra census, seu libros censuales, et publica monumenta potiora testibus a Senatu habita refert Marcianus (1); quia instrumenta haec, utpote a publica persona confecta, et publico in loco custodita, speciali quodam modo fidem faciunt: atque non dubium, quominus scriptura testibus potior sit in illis, quae per scripturam omnino probari necesse est (§. 959.)

(1) *L. Census* 10. *ff. de probationib.* (22. 3.)

§. 964.

De testibus, quorum nomine intelliguntur personae ad fidem faciendam in judicio adhibitae, inquirendum est: 1. Qui ad testimonium dicendum in caussis civilibus, et criminalibus extra testamentum admittantur, vel repellantur: quive cogi possint necne, ut testes fiant: 2. A quo testes interrogandi sint, quo in loco, quo tempore, et modo: 3. Qui testium numerus ad fidem faciendam requiratur.

CAPUT I.

Qui ad dicendum testimonium admittantur: quive cogi possint nec ne, ut testes fiant.

SUMMARIA.

Testium fides potissimum inspicienda est. Quibus ex caussis prohiberi quis possit, ne testimonium dicat? §. 965.

Mulieres testes extra testamentum esse possunt: consultius tamen adhibentur masculi: nec eadem fides mulieribus praestatur. §. 966.

Quid de pupillis, et minoribus? §. 967., *et* 968.

Quid de servis, et peregrinis? §. 969.

Furiosi, amentis, et prodigi testimonium suspectum est. Quid de coecis, mutis, et surdis? § 970., *et* 971.

Rei graviorum criminum, infames infamia juris testes esse prohibentur: Judaei, et haeretici adversus orthodoxos. §. 972.

Cur in testamentis repellatur testimonium eorum, qui patriae potestatis vinculo juncti sunt? §. 973.

Testes in negotiis civilibus, vel criminalibus esse nequeunt, qui ob sanguinis, aliamve conjunctionem timentur falsum testimonium dicturi. §. 974.

Pater testis esse nequit pro filio adversus alium filium. §. 975. Inst. l. 4. tit. 6.
Frater nec pro fratre, nec contra fratrem testis admittitur. Quid de affine? §. 976. ff. l. 22. tit. 5.
Uxor an testis esse possit pro marito, vel contra maritum? §. 977., et 978. Cod. l. 4. tit. 20.
Famuli quamdiu in ministerio sunt, testes pro domino non recipiuntur; nisi res per alios probari nequeat. Quid de lictoribus, atque apparitoribus? §. 979.
Quid de libertis dedititiis? Jurisdictioni subjectis, non dominio, et imperio? §. 980.
Testis instrumentarius repelli non potest, quamquam domesticus sit, vel sanguine conjunctus. §. 981.
Advocatus, et procurator in caussa, qua patrocinium praebuerunt, testes esse nequeunt pro cliente. Quid de caeteris caussis? §. 982., et 983.
Proxeneta an testificari possit de illis, quae inter contrahentes acta sunt? Quid de mediatoribus? §. 984., et 985.
Executores negotiorum, nempe tutores, et curatores a testimonio dicendo repelluntur in negotiis, quae tractarunt, et pro eo, cujus negotia gesserunt. §. 986.
Subditus in caussa Principis, municeps in caussa municipii plerumque testis esse potest. Quid de amico? §. 987.
Cognati, affines, familiares, et amici facilius permittuntur testimonium dicere adversus conjunctam personam. §. 988.
Quid de socio criminis, inimico, delatore, vel qui se pretio redemptum allegat? §. 989.
Testes, eorumque testimonia ex justa caussa reprobari possunt. §. 990.
Testium nomina adversario edi debent, nisi mero judicis officio auditi fuerint. Intra quod tempus objecta adversus testes alleganda sint? §. 991., et 992.
Quid si testis objiciatur crimen, nec tamen probetur? §. 993.
Testes inviti coguntur testimonium dicere in civilibus aeque, ac in criminalibus caussis. §. 994.
Senes, valetudinarii, milites, illustres personae testimonium dicere coguntur si veritas aliter haberi non possit; sed domi, vel in loco, quo reperiuntur. §. 995., et 996.
Conjunctus non cogitur ad dicendum testimonium adversus conjunctum, saltem si necessitas aliud non postulet. §. 997.
Quid de eo, qui juraverit, se non manifestaturum? §. 998.
Testes in judicium produci debent sumptibus producentis, vel accusatoris in caussis criminalibus. §. 999.

§. 965.

Cum testes ad fidem rei faciendam adhibeantur, sponte sequitur, ante omnia inspiciendum esse, an personae tales sint, quibus tuto credi possit (1): atque hic generalis regula traditur, omnes adhiberi posse, nisi speciatim prohibeantur; quippe cognitis personis, quae a testimonio dicendo repelluntur, et caussis, propter quas testimonii dictio prohibeatur, statim constat, quae in testibus desiderentur. Cum de testium in testamentis adhibendorum conditione agebamus (2), octo generatim caussas enumeravimus, ex quibus prohiberi quis potest, ne testimonium dicat, nimirum sexus infirmitatem, imbecillitatem aetatis, singularem personae conditionem, seu statum, animi, vel corporis vitium, morum improbitatem, patriae potestatis vinculum, et justam falsi testimonii suspicionem. Ex his caussis, si postremam demas, et penultimam aliquanto latius producas, ceterae huic quoque loco fere conveniunt, prout ex dicendis constabit.

(1) *L. Testium fides* 3., *et passim ff. hoc tit.*
(2) *V. Tom. VI. pag.* 218. §. 871., *et seqq.*

§. 966.

Ergo, licet mulieres non admittantur tamquam testes in alienis testamentis (1), sive propter sexus infirmitatem, vel, ut alii malunt, ex antiquo testandi apud Ro-

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20.

manos more in calatis comitiis, quibus foeminae non intererant, jus hoc inductum sit, in caeteris tamen negotiis recipitur mulieris testimonium (2): immo, et in testamentis, quae tempore pestis fiunt, si masculi haberi nequeant; non autem in codicillis (3): quamquam masculos adhiberi in negotiis consultius est, si agatur de re, quae per masculos aeque probari possit, puta de consuetudine; quippe minor illis fides adhibetur, quam masculis, ita ut nec si duae mulieres de crimine consentiant, sequi posse condemnationem, si alia probationum adminicula non concurrant, sentiat Faber (4).

(1) *L. Qui testamento* 20. §. *Mulier* 6. *ff. qui testament. facer.* (28. 1.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 58. *in princip., ubi excipit testamentum ad pias caussas alleg.* 2.

(2) *L. Ex eo* 18. *ff. hoc tit.*

(3) *D. Tom. VI.* §. 873. *ad* 875. *pag.* 218.

(4) *Fab. cod. hoc tit. d. def.* 58. *num.* 3., *et seqq.*

§. 967.

Pupillos, seu impuberes imbecillitas aetatis a testimonio dicendo repellit (1); aetas haec facile seducitur, et mentitur; atque propterea impuberes falsum adhibito jurejurando affirmantes nec pejerasse intelliguntur (2): minor in criminalibus tantum testis esse prohibetur, non in civilibus caussis (3): in criminalibus tamen ejus testimonium recipi posse, si aliunde veritas haberi nequeat, tradunt interpretes (4).

(1) *L. Testium fides* 3. §. *Lege Julia* 5., *l. Invit.* 19. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Qui jurasse* 26. *ff. de jurejurand.* (12. 2.)

(3) *L. In testimonium* 20. *ff. hoc tit.*

(4) *Brunneman. ad d. l.* 20. *num.* 2. *post alios.*

§. 968.

Immo etiam impuberes qualequale indicium facere possunt in caussis criminalibus, si modo non requirente accusatore, sed officio judicis vocati fuerint (1): indicium dicimus, non semiplenam probationem; ita ut proinde plena probatio non habeatur, liceat adsit contestis omni exceptione major; nec si ex aliquo rei mendacio nascatur praesumptio adversus ipsum, praeterquam in delictis atrocioribus, puta laesae majestatis, vel homicidii (2): qua tamen in re prudens judicis arbitrium, qui singula perpendere debet, versatur.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *def.* 12. *in princip.*

(2) *Fab. d. def.* 12. *num.* 3. *et seqq. junct. allegat. ult.*

§. 969.

Servos propter conditionem personae lex civilis non patitur testes esse (1); quia juris civilis communione non gaudent: quo fundamento nec peregrinorum testimonium recipi solet (2). Si tamen caussa ardua sit, ad reipublicae utilitatem spectans, nec aliae probationes habeantur, servorum testimonio creditur (3): quemadmodum et libertatem adepti deponere possunt de illis, quae in servitute constituti viderint, vel audiverint (4).

(1) *L. Quoniam* 11., *et auth. sequ. Si quis cod. hoc tit.*

(2) *L. Sunt quidam* 17. §. 1. *ff. de poenis* (48. 19.)

(3) *L. Vix certis* 53. *ff. de judic.* (5. 1.), *l. Servi* 7. *ff. hoc tit.*

(4) *Argum. l. Notionem* 99. §. *ult. ff. de V. S.* (50. 16.)

§. 970.

Propter animi vitium repelluntur a dicendo testimonio furiosi, amentes, mentecapti, nisi priores tempore dilucidi intervalli, si quod habeant, testificentur (1): quibus comparantur prodigi, quasi nec hi ullum animi judicium habeant (2): suspecta est eorum fides, qui bona sua dilapidant, utique post interdictionem (3).

(1) §. *Testes autem* 6. *instit. de testament. ordinand.* (2. 10.)

(2) *L. Furiosi* 40. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(3) *D. l.* 40. *ff. de R. J.*

§. 971.

Ex vitio corporis non recipitur testimonium coeci in his, quae visum requirunt, nisi ante coecitatem viderit; muti vero, et surdi a testimonio dicendo extra testamentum non arcentur, si perspicue possint per nutus, aut scripturam indicare ea, de quibus interrogantur (1); nec ulla lex est, quae personas hisce vitiis laborantes rejiciat in negotiis civilibus, vel criminalibus. Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20.

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 11. *in princip.*

§. 972.

Morum improbitas suspectos facit graviorum criminum reos, veluti repetundarum (1), calumniae (2), vel ob carmen famosum (3); infames infamia juris dummodo lata sit sententia, eaque exhibeatur (4); non enim ex solo delicto, sed ex sententia judicis infamia contrahitur (5); cum immo condemnatus a sententia provocans interim infamis non habeatur (6). His addi possunt Judaei, et haeretici, quibus interdicitur, ne adversus orthodoxos etiam in caussa civili testimonium ferant (7).

(1) *L. Repetundarum* 15. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Quaesitum* 13. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Ob carmen* 21. *ff. hoc tit.*
(4) *L. Testium fides* 3. §. *Lege Julia* 5. *ff. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *def.* 45.
(5) *L. Infamem* 7. *ff. de public. judic.* (48. 1.)
(6) *L. Furti* 6. §. 1. *ff. de his, qui notant. infam.* (3. 2.)
(7) *L. penult. cod. de haeretic., et manic.* (1. 5.)

§. 973.

Non quemadmodum in testamentis subscribendis, ita in caeteris negotiis sanguinis vinculum inspicitur; testes in testamentis magis ad solemnitatem adhibentur, quam ad probationem: praeterquamquod in testamentis non vertitur utilitas testatoris, cui testimonium dicitur, ut timendum sit, ne falsum dicatur, sed haeredis, et legatariorum; ideoque non naturalem personarum ex sanguine conjunctionem leges inspexerunt, sed vinculum patriae potestatis (1): quo factum, ne pater possit esse testis in testamento filii jure communi testantis, atque in potestate constituti, nec vicissim; utique vero si vinculum patriae potestatis per emancipationem, aliove modo sublatum sit, quo sublato pater, et filius desinunt unius personae vice censeri (2).

(1) *V. Tom. VI. pag.* 221. §. 892., *et* 893.
(2) *D.* §. 893., *et seqq.*

§. 974.

Aliud est de testibus, qui in caussis civilibus, vel etiam criminalibus ab actore, vel reo producuntur; cum enim his utatur actor, vel reus ad firmandam suam intentionem, generatim rejici debuerunt omnes, qui ob sanguinis, aliamque conjunctionem timeri possunt falsum testimonium dicturi (1). Ex sanguinis conjunctione prohibetur pater, ne testimonium dicat pro filio, et vicissim (2); quia alter ad alterius commodum testificari videtur, quod ferendum non est: potiori ratione nemo potest esse testis in re sua, vel ad sui commodum, puta correus debendi pro altero correo (3); nec socius in caussa sibi communi cum socio, nec cedens in caussa cessionarii, nec auctor pro eo, in quem rem alienavit (4). Sane facilius creditur testi contra proprium commodum deponenti, ita ut si contestem habeat omni suspicione vacuum, plena habeatur probatio; alioquin semiplena tantum, ad quam supplendam deferri poterit jusjurandum, si fuerit petitum (5).

(1) *L. Etiam* 3., *l. Eos testes* 5. *cod. hoc tit., l. penult. ff. hoc tit.*

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20.

(2) *L. Testis idoneus* 9. *ff. hoc tit.*, *l. Parentes* 6. *cod. hoc tit.*

(3) *L. Omnibus* 10. *cod. hoc tit.*, *l. Nullus* 10. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15 *definit.* 30. *in princip.*

(4) *D. l.* 10. *ff.*, *et cod. hoc tit.*

(5) *D. l. Testis idoneus* 9. *ff. hoc tit.*

§. 975.

Sed potestne pater testis esse pro filio adversus alium filium? Nequaquam; leges enim prohibent tum ut pater testificetur pro filio (1), tum et contra filium (2); adeoque, licet cessare videatur suspicio ob praesumptam patris aequalem erga liberos omnes benevolentiam (3), adhuc tamen viget alia ratio, ne hinc nascantur odia, et dissidia inter personas arctissimo sanguinis foedere conjunctas.

(1) *D. l. Testis idoneus* 9. *ff. hoc titul.*

(2) *D. l. Parentes* 6. *cod. hoc tit.*

(3) *L. Non solum* 67. §. 1. *ff. de ritu nuptiar.* (23. 2.)

§. 976.

Eadem ratione nec frater pro fratre, nec contra fratrem testificari permittendus videtur (1); quia suspectum est testimonium, atque discordiae inter fratres orirentur, si frater pro fratre adversus alium fratrem testificaretur (§. praeced.). Hinc frater fratrem levioris dumtaxat criminis reum facere permittitur (2), quemadmodum pater (3). Non tamen desunt, qui aliud sentiant; eo potissimum fundamento, quod leges fratrem non excludant (4). Affinem pro affine proximo, quamdiu durat affinitas, testis vice fungi non posse, tradit Faber (5) ob falsi testimonii suspicionem, quae ex personarum affectione oritur.

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 4. *in princip.*, *V. Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 1. *in fin.*

(2) *L. Si magnum* 13.; *l. Si sororem* 18. *cod. de his, qui accusar. non poss.* (9. 1.)

(3) *L. Milites* 13. §. *ult. ff. de re militar.* (49. 16.)

(4) *Voet in ff. hoc tit. d. num.* 4 *in fin.*

(5) *Fab. cod. hoc tit. defin.* 30. *num.* 2.

§. 977.

Disputant interpretes, an uxor testis esse possit pro marito, vel adversus eum. Sunt, qui generatim negant, adeoque tum in civilibus, tum in criminalibus caussis; ita ut nec cogi possit ad dicendum testimonium, atque repetunt ex arctissimo foedere, quod conjuges invicem adstringit (1). Uxorem pro marito in caussa criminali testimonium dicere non posse, contra virum posse, tradit Faber (2), quia nullo jure prohibita sit, si tamen velit, quia societas divini, et humani juris, quae inter conjuges est (3), invitam adstringi non patiatur.

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 5.

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 1. *in princip.*

(3) *L.* 1. *ff. de ritu nuptiar.* (23. 2.)

§. 978.

Hinc, cum mulier quaedam, absente per contumaciam marito, adversus eos, qui marito furtum facienti adfuerant, ita testimonium dixisset, ut fateretur a marito quoque furtum patratum fuisse, atque in ea testatione saepius apud judicem, reis etiam objectis, constanter perstitisset, sed postea viro reverso, atque in carceres conjecto, id ipsum negasset: non putavit Senatus Sabaudus, mulierem exemplo aliorum testium torquendam esse in caput mariti, ut diceret, cui testationi stare vellet (1). Immo, ne uxoris testatio, quae caeteris correis non nocuerat, soli marito noceret, placuit, nec habendam esse de marito quaestionem ex prioribus uxoris juratis testationibus (2), tametsi indicia pleraque adversus maritum urgerent (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 15. d. definit. 1. num. 4.*

(2) *Fab. d. def. 1. num. 5., et seqq.*

(3) *Nimirum quod in ejus domo res furto ablatae repertae fuissent; et poenae metu aufugisset; nec prius remeasset, quam cognovisset, socios criminis absolutos.*

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20.

§. 979.

Famuli, et ancillae producentis, quamdiu in ministerio ejus sunt, et mercedem ab eo accipiunt, pro eo testificari posse non videntur, nisi agatur de ea re, quae per alios probari nequeat (1). Suspectum profecto est hujusmodi testimonium; atque ideo generatim ait jureconsultus, idoneos non videri testes, quibus imperari potest, ut testes fiant (2): atque domestici testimonii fides jure civili improbatur (3), nisi veritas aliunde haberi non possit, licet per viam monitorii ad deponendum venerint (4). Idem potiori ratione dicendum de lictoribus, apparitoribus, et similibus, qui judicibus, aliisque publico munere fungentibus inserviunt (5). Plane apparitori extra officium suum testanti, puta se percussum fuisse ab eo, contra quem executioni mandabat litteras judicis, licet jurato asserat, nisi habeat contestem (6); cum nec in illis, quae ad officium spectant, credatur, nisi unum saltem testem adhibuerint (7).

(1) *L. Servi responso 7. ff. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 15. def. 27. num. 4.*

(2) *L. Idonei 6. ff. hoc tit.*

(3) *L. Etiam jure 3. cod. hoc tit.*

(4) *Fab. cod. hoc tit. def. 60.*

(5) *Argum. d. l. 9. ff. hoc tit.*

(6) *L. Jurisjurandi 9. §. 1. codic. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. definit. 26. in princ.*

(7) *Fab. d. definit. 26. in fin. V. Reg. Constitut. lib. 3. tit. 3. §. 4., ubi duos testes apparitor adhibere jubetur, cum reum in judicium vocat.*

§. 980.

Quamquam liberti dedititii, quos talliabiles vocant, servi vere non sint, hactenus tamen, ait Faber (1), servorum (2) jure censentur, ut testimonium pro domino ferre non possint, quia videtur iis posse imperari, ut testes fiant (3): nisi veritas aliunde sciri non possit (4); immo facilius horum testimonium recipi debet, cum plene liberi sint, dum vivunt; immo et de rebus suis inter liberos testari possint. Sane, qui tantum jurisdictioni, non etiam dominio, et imperio subjecti sunt, testes esse non prohibentur (5).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 15. def. 27. in princ.*

(2) *D. l. Servi responso 7. ff. hoc titul.*

(3) *D. l. Idonei 6. ff. hoc tit.*

(4) *D. l. 7. ff. hoc tit.*

(5) *Fab. d. def. 27. num. 2.*

§. 981.

Testis instrumentarius, seu qui instrumento subscripsit, ex eo solo repellendus non est, quod domesticus sit, cum testimonium dicit, vel sanguine conjunctus (1); tum quia veritas rei gestae melius cognosci non potest, quam per eos, qui negotio interfuerunt, et per alios vix sciri posset (2); tum quia non facile permittendum, ut quis reprobet fidem testium, quos semel probavit (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 15. def. 7., et 29.*

(2) *D. l. Servi responso 7. ff. hoc titul.*

(3) *L. Si quis testibus 17. cod. hoc tit., Ab Eccles. observat. 96. num. 1., et seqq.*

§. 982.

Advocatus, vel procurator in ea caussa, in qua patrocinium praestiterunt, testes esse non possunt (1), saltem pro cliente, ob praesumptionem nimiae affectionis; adeoque nec cogendi sunt testimonium dicere adversus clientem de illis rebus, quae ex

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20.

sola clientis revelatione perspectas habent (2); quemadmodum neque sacerdos revelare cogitur ea, quae per confessionem sacramentalem dicit, nec fides ei adhibetur, si imprudens revelet (3).

(1) *L. ult. ff. hoc tit.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 15. def. 19. in princip.*

(3) *Cap. Omnis 12. extra Decret. Greg. de poenit., et remissionibus* (5. 38.), *Fab. cod. hoc tit. def.* 38.

§. 983.

Sed non prohibetur patronus in aliis caussis, in quibus patrocinium non praestitit, testimonium dicere pro cliente (1); cum nullo jure interdicatur; nec nimia affectione ductus praesumi potest. An vero compelli possit, ut testimonium adversus clientem ferat de illis, quae aliunde, quam ex clientis revelatione, scit, non una est omnium sententia. Negare videtur Faber, nisi in eam caussam in fraudem captatum ipsius patrocinium probetur (2): affirmant generatim alii (3); quia nihil impedire videtur, quominus patronus ad deponendum compellatur; neque lex ulla, neque naturalis ratio, vel aequitas resistit.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 15. de definit. 19. in fin., Voet in ff. hoc tit. num.* 8.

(2) *Fab. cod. hoc tit. d. definit. 19. in medio.*

(3) *Voet in ff. hoc tit. d. num.* 6.

§. 984.

Proxeneta, si Justinianum sequimur, de eo, quod actum est inter contrahentes, quibus ministerium praebuit, testificari non potest, nisi omnes consentiant (1). Aliud tamen usu fori servatur (2), et merito; cum nemo melius judicem instruere possit: atque ideo proxenetarum publice probatorum jurato testimonio, nec non ipsorum libris legitime, atque ex praescripto scriptis plena fides in judicio adseritur (3).

(1) *Novell. 90. cap. Quoniam* 8.

(2) *Voet in ff. hoc tit. num. 8. post alios.*

(3) *Reg. Constit. lib. 2. tit. 16. cap. 4. §. 6.*

§. 985.

Non idem ferendum esse judicium placuit de iis, qui litigantium vota, et rationes sub amici nomine investigant, ut illos ad concordiam adducant, quique vulgo *mediatores* appellantur; horum testimonia solent essa suspecta; praesertim si ab uno ex litigatoribus dolo suppositi fuerint ad extorquendam ab adversario confessionem, aut quid aliud, quod actionem aliquam alteri parere possit (1); cum enim soliti sint litigantes cum his mediatoribus liberius agere, atque secreta etiam sua pandere, perinde ac cum confessario, aut cum caussae patrono; nec volentes admittendi sunt, nec cogendi testimonium dicere in ea caussa, quam tractarunt (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 15. def.* 56.

(2) *Argum. d. l. ult. ff. hoc tit.*

§. 986.

Executores negotiorum, non secus ac caussarum patroni, a testimonio dicendo repelluntur, utique in negotiis, quae executioni demandarunt (1), et pro eo, cujus negotia gesserunt (§. 982.): negotiorum autem executores censentur tutores, et curatores, non vero qui simpliciter ad lites dati sunt curatores, extra lites, quas tractarunt. Inviti tamen cogi posse videntur tutores, et curatores, ut contra pupillum, vel minorem testificentur, praeterquam de illis rebus, quas tamquam tutelam, vel curam gerentes norunt, prout diximus de advocatis, et procuratoribus (d. §. 982.).

(1) *L. ult. ff. hoc tit.*

§. 987.

Subditus in caussa Principis testimonium dicere non prohibetur (1): nec municeps in caussa municipii, quoties caussa singulorum utilitatem directo non respicit (2); nec

enim singuli acquirere videntur, quod pervenit ad universitatem (3). Amici pro amico testimonium leges non reprobant; quamquam judex testium qualitatem etiam, quos jura admitti sinunt, caute perpendere debet, atque majorem, vel minorem illis pro adjunctorum diversitate fidem adhibere (4). Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20.

(1) *V.* §. 980. *in fin.*

(2) *Argum. l. Sed si hac lege* 10. §. *Qui manumittitur* 4. *ff. de in jus vocand.* (2. 4.)

(3) *L. Sicut municipum* 7. §. 1. *ff. quod cujusq. universitat.* (3. 4.)

(4) *L. Testium fides* 3. *princip.*, *et* §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 988.

Porro ex personis, quas diximus ob sanguinis, vel familiaritatis vinculum non admitti ad testimonium dicendum pro cognato, affini proximo, vel domino, si parentes (§. 974., et seq.), fratrem fortassis (§. 976.), vel uxorem (§. 977.) excipiamus, caeteri cognati, affines, familiares, amici, testes contra eos esse posse vulgo traditur (2); ita tamen, ut quemadmodum modo animadvertimus de amico (§. praeced.) judex statuat, singulis peusatis, quae eis fides adhibenda sit (2).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 11. *in medio.*

(2) *D. l.* 3. *princip.*, *et* §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 989.

Cum tamen nimis suspecta sit fides ejus, qui particeps criminis fuit, et maxime timendum, ne alium oneret sui exonerandi gratia, idcirco generatim vetitum, ne participes criminis in testes admittantur (1); nec inimicus capitalis adversus inimicum (2); sed delator criminis, si alius accusator existat, in testem recipitur (3). Plane vix fides adhibenda ei, qui se pretio redemptum a producente ad dicendum testimonium alleget (4).

(1) *L. Quoniam* 11. *cod. hoc tit.*, *l. ult. in fin. cod. de accusationib.* (9. 2.)

(2) *L. Si quis testibus* 17. *cod. hoc tit.*, *l. Testium fides* 3. *ff. hoc tit.*

(3) *Carpzovius defin. forens. part.* 1. *constitut.* 16. *defin.* 66.

(4) *Argum. l. Testium fides* 3. §. *Lege Julia* 5. *ff. hoc tit.*, *l. Et generaliter* 3. §. *ult. ff. de calumniatorib.* (3. 6.)

§. 990.

Cum facile contingere possit, ut testimonium dicturi in judicium veniant illi, qui fidei suspectae sint, immo hodiernis fori moribus alicubi omnes omnino testes producti audiantur (1), data est facultas tum actori, tum reo reprobandi testes, atque eorum testimonia (2) regulariter ante publicatas testationes, sed et, justa suadente caussa, etiam postea (3). Reprobantur testes, si ipsis objiciatur aliqua ex his caussis, quibus suspecta fit eorum fides, puta sanguinis arctissima conjunctio (§. 974. et seqq.), subjectio (§. 979., et 980.), et similes, quas supra exposuimus (§. 982., et seqq.). Testimonia autem reprobari possunt, seu depositiones testium, licet ipsi fidei suspectae non sint; veluti si quis probet, se alibi fuisse eo die, quo deponunt testes, se certo in loco contraxisse.

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. num.* 12., *V. Ab-Eccles. observat.* 81.

(2) *L. Si quis testibus* 17. *cod. hoc tit.*

(3) *V. Ab-Eccles. observ.* 91., *ubi plures enumerat hujusmodi casus.*

§. 991.

Hinc elapso tempore ad probandum dato, atque interrogatis testibus, actuarius, vel scriba judicis inter biduum certiorem scriptura facere debet adversam partem de interrogationibus generalibus, nomine, et cognomine testium (1); testium enim nomina, et cognomina reo etiam in caussa criminali, si postulet, edi debent, ita tamen, ut inhibeatur, ne per se, vel per interpositam personam eos alloquatur; testium quoque pro reo auditorum nomina accusatori edenda sunt per scripturam, ut possint reprobari (2). Excipit Faber testes, qui mero, et nobili, ut ait, judicis officio audiuntur, nec ab

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20.

ulla parte producti fuerunt; hi enim reprobari non possunt; adeoque nec eorum nomina edi debent (3).

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 20. §. 1.
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 63.
(3) *Fab. cod. hoc tit. defin.* 2. *allegat.* 6. ✠

§. 992.

Post biduum praeterlapsum adversa pars intra quinque dies tenetur objecta, si quae habeat, adversus testes allegare; atque intra idem deinceps tempus testium fides firmanda ab altero collitigante, et intra decem successive dies utraque pars intentionem suam probare tenetur (1). Hinc tradit Thesaurus, objecta contra testes in primo judicio praetermissa non posse allegari in secundo (2); utique vero probari in secundo, si in primo deducta fuerint (3). Porro judices rejicere debent objecta, quae nullius momenti sunt, nec jus proponentis adjuvant (4); publice interest, ut litibus quantocius finis imponatur (5): adeoque judicis auctoritate rejicienda sunt, quae a litigantibus non alio, quam protelandae litis caussa in medium afferuntur.

(1) *Reg. Constit. ibid.* §. 2., *et* 3., *V. Ab-Eccles. part.* 1. *observ.* 95., 98., *et* 99.
(2) *Thesaur. decis.* 259. *num.* 4. ✠
(3) *Thesaur. ibid. num. ult.* ✠
(4) *Reg Constit. ibid.* §. 4.
(5) *L. Properandum* 13. *cod. de judic.* (3. 1.)

§. 993.

Ne autem testium fama temere laedatur, mulcta indicitur, et pecuniaria poena adversus eos, qui testi objecerint delictum, aliudve, ex quo infamia notetur, nisi semiplene saltem probent (1): atque eadem poena infligitur procuratoribus, qui odiosa testibus exprobrent, nisi et semiplene probent, vel ex mandato speciali clientum se exprobrasse demonstrent (2): nec excusationem habent, licet protestati fuerint, se citra animum convitio afficiendi haec allegasse; nisi appareat, deceptos eos fuisse a testibus, quorum depositione haec probanda erant; aut probare non potuisse propter adversae partis praepotentiam (3).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 3. *tit.* 20. §. 5., *Ab-Eccles. observ.* 97.
(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 6.
(3) *Reg. Constit. ibid.* §. 7.

§. 994.

Diximus de testibus admittendis, vel rejiciendis: nunc inquirendum, an inviti cogi possint omnes, an personae aliquae a coactionis onere exceptae sint. Invitos testes in caussis tum civilibus, tum criminalibus cogi a judice, ut testimonium dicant, si rem compertam habeant, apertissime cavit. Justinianus, certis utique personis exceptis (1), et merito; interest enim reipublicae, ut quisque consequatur, quod suum est, atque delicta puniantur. Coguntur porro testes vel capitis pignoribus, vel mulcta indicta, immo et civili custodia; postremo ad id, quod alterius litigantis interest in judicio civili, vel saltem hodiernis moribus (2), contra quam Romano jure statutum videatur (3); atque ad poenam pecuniariam in criminali (4); cum immo etiam torqueri possint, si scientiam rei habeant, ut deponant (5).

(1) *L. Constitutio* 16., *l. Si quando* 19. *cod. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *definit.* 10., *ubi additur*, *monachum*, *si consentiat superior*, *cogi posse*, *ut de crimine testimonium dicat.*
(2) *Voet in ff. hoc tit num.* 13.
(3) *L. Unic.* §. *ult. ff. si quis jusdicent. non obtemperaver.* (2. 3.)
(4) *D. l. unic.* §. *ult.*
(5) *Thesaur. decis.* 42. *per tot.*

§. 995.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20.

Sed plures sunt, quibus Romano jure indultum, ne invit testimonium dicere cogantur; nimirum senes, valetudinarii, milites, reipublicae caussa absentes, vel aliunde impediti (1), illustres personae (2), publicani, et similes (3). Verum usu fori omnes hi cogi solent, si veritas aliter haberi non possit (4); cum publice intersit, ne quis jura sua amittat probationis, cujus facilis est modus, defectu: neque aetas, infirma valetudo, militia, absentia, nobilitas, dignitas, vel officium impedire debent, quominus veritas manifesta fiat.

(1) *L. Testium* 3. §. *ult.*, *l. Inviti* 8. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Constitutio* 16. *cod. hoc tit.*

(3) *L. Inviti* 19. *ff. hoc tit.*

(4) *Bruneman. in cod. hoc tit. ad l. Constitutio* 16. *num.* 3., *Argum. cap. ult. extra de testibus cogend.* (2. 21.)

§. 996.

Ergo memoratae personae testimonium ferre tenentur; sed ne damnum sentiant, suum dignitati decus servetur, nec publicum officium deserant, domi suae interrogandi sunt, qui legitimo detinentur impedimento, ne coram judice pro tribunali sedente se sistant (1); nec non personae dignitate eminentes (2): aliae vero a judice loci, in quo reperiuntur (3).

(1) *Reg. Constitut. lib.* 3. *tit.* 18. §. 15.

(2) *Reg. Constitut. ibid.* §. 16.

(3) *Reg. Constitut. ibid.* §. 2.

§. 997.

Potius recipiendum, quod tradunt Paulus, et Gajus, neminem compelli ad dicendum testimonium sive in civili, sive in criminali judicio adversus personas propiore affinitatis, vel cognationis vinculo conjunctas, quales sunt socer, gener, vitricus, privignus, sobrinus, sobrini filius, libertus, patronus (1), sponsus, et sponsae pater (2); potiori ratione uxor, maritus (§. 977.), parentes, liberi (§. 974., et seq.): quod tamen doctores coercent ad eum casum, quo veritas aliunde innotescere possit (4).

(1) *L. Lege Julia* 4. *ff. hoc tit.*

(2) *L. In legibus* 5. *ff. hoc tit.*

(3) *Bruneman. in Pandect. ad d. l.* 4. *num.* 3., *Voet in ff. hoc tit. num.* 14. *in fin.*

§. 998.

Plane, si quis juraverit se, quae comperta habet aliunde, aut quae sibi sub fide silentii secreto revelata sunt, minime manifestaturum, cogi tamen potest, ut de illis testimonium dicat (1); alioquin jusjurandum vinculum esset iniquitatis. Advocatos, et procuratores a coactione immunes esse in civilibus saltem caussis pro illis rebus, quas ex sola clientis revelatione perspectas habent, supra tradidimus (§. 982.), non vero pro aliis (§. 983.).

(1) *Cap. Pervenit* 4. *extra Decret. Greg. de testib. cogend.* (2. 21.)

§. 999.

Testes in judicium produci debent sumptibus producentis (1), vel accusatoris in caussis criminalibus (2): ex trita naturalis, et civilis juris regula nemini officium suum, quod alterius gratia suscepit, decet esse damnosum (3): adeoque etiam suppeditandi sumptus itinerum, et alimentorum, si extra domicilium avocentur (4).

(1) *L. Testium fides* 3. §. *Gabinio* 4. *in fin. ff. hoc tit.*, *l. Quoniam* 11., *l. Constitutio* 16. §. 1. *cod. hoc tit.*, *V. Osasc. decis.* 46., *ubi probat a longe venientibus suppeditandas esse expensas victus, et mercedes operarum.*

(2) *D. l.* 11. *in princip. cod. hoc tit.*

(3) *L. Si Servus* 61. §. *Quod vero* 5. *in fin. ff. de furt.* (47. 2.)

(4) *Voet in ff. hoc tit. num.* 15.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20.

CAPUT II.

A quo, quo loco, tempore, et modo testes interrogandi sint.

SUMMARIA.

Testes interrogandi sunt a judice, coram quo lis pendet, si sint in loco. Quid si absint? §. 1000.

Adjunctus quibus casibus admittatur, et quod sit ejus munus? §. 1001.

Testes legitime impediti, vel dignitate fulgentes in domo interrogantur. §. 1002.

Quo tempore testes audiendi sint? §. 1003.

Testationes post litem institutam excipi non debent. §. 1004.

Quo tempore interrogationes edi debeant tum ab actore, tum a reo? §. 1005., et 1006.

Testes non audiuntur, nisi adhibito jurejurando deponant. §. 1007., et 1008.

An jurare teneatur testis, qui se offert vi litterarum monitorialium? §. 1009.

Testes jurare debent, praesente, vel citata saltem adversa parte. Quid si, hac minime vocata, judex sententiam tulerit? §. 1010.

Testes plerumque deponere debent de scientia, non de auditu, vel credulitate. §. 1011.

Viva voce, secreto tamen, testes deponere debent. §. 1012.

Testibus legenda est depositio sua, ut eam firment, immutent, addant, vel minuant, si ita videatur. §. 1013.

Quid si quis testimonium dixerit de re aliqua ante litem contestatam: atque deinceps in judicio testari debeat? §. 1014.

Quid si testis, qui ante coeptum judicium testatus est, defunctus proponatur? §. 1015.

An testes perperam interrogati, cum rursus audiuntur, testificari possint relatione habita ad priorem depositionem. §. 1016., et 1017.

Quid si unus dumtaxat testis se referat ad priorem testationem; caeteri vero ad extensum deponant? §. 1018.

Quibus casibus testes repetiti ad extensum ex communi sententia deponere teneantur? §. 1019., et 1020.

Depositio posterior judicialis praevalet priori non juratae extra judicium factae, si ad alterutrius partis instantiam testis repetitus non fuerit. §. 1021.

Quid si novam depositionem postulet alteruter ex litigantibus? §. 1022., et 1023.

Quid de posteriore depositione facta coram judice vi litterarum monitorialium, et vicissim? §. 1024., et 1025.

Testis pugnantia deponens torqueri potest, et tamquam falsus puniri. §. 1026.

Testes inter se dissentientes, vel diversa testificantes a producente vix probant ejus favore. §. 1027.

Testes de aetate, vitae instituto, patrimonio interrogari debent, atque separatim singuli. §. 1028., et 1029.

Testes per turbam interrogati unius loco habentur. §. 1030.

In criminalibus caussis testes per turbam audiri nequeunt, nisi probanda sit mala accusati fama. An singuli reo exhibendi sint? §. 1031., et 1032.

Testes minus solemniter interrogati concludenter probare possunt apud supremos magistratus. §. 1033.

§. 1000.

Sequitur disputatio de persona, a qua testes interrogandi sint, loco, tempore, et modo, quo audiri debeant. Testes a judice, coram quo lis pendet, interrogari debent, si sint in loco (1): si vero alibi morentur, vel absentes sint, ex constitutione

Justiniani mittuntur procuratores partium, ut apud eos deponant, quae noverint (2): apud nos Senatus praefectos, aut judices, hi personam neutri parti suspectam delegant, quae notariatus saltem officio polleat (3).

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20.

(1) *L. Constitutio 16. cod. hoc tit., Reg. Constit. lib. 3. tit. 18. §. 1., Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 15. defin. 24., ubi ait, de his, quae apud judicem laicum pendent, ab eo excipi testationes, licet factus vigore monitorii ecclesiastici.*

(2) *D. l. 16. in med.*

(3) *Reg. Constitut. ibid. §. 2., Ab-Eccles. part. 2. observat.* 55., 56., 57., *et* 58.

§. 1001.

Interdum, cum interrogantur testes a judice (non a caussae relatore, vel judice majore, seu provinciae praefecto), vel delegatis, permittitur adjunctus (1), cujus id unum officium est curare, ut testes interrogentur super interrogationibus, quae oblatae, seu traditae fuerint, nisi ex depositionibus testium aliqua se se offerat interrogatio, quae praevideri non potuerit (2). Adjuncti munere fungi nequeunt, qui ob suspicionem judicare prohibentur, vel aliunde suspecti sunt: neque pater, filius, socer, gener, frater, ex fratre filius ejus, qui interrogaturus est; nec postremo aliquis ex illis, qui sub eo operam dant (3): impensae autem propter adjunctos faciendae nunquam repeti possunt (4); quia praeter necessarium judicii ordinem adjuncti interveniunt.

(1) *Reg. Constit. d. lib. 3. tit. 18., §. 3., Thesaur. decis. 255. num. 8. ✠, V. Ab-Eccles. part. 2. observat. 54. ad 59.*

(2) *Reg. Constitut. ibid. §. 4.*

(3) *Reg. Constit. ibid. §. 5., et 6.*

(4) *Reg. Constitut. d. §. 4. in princip., Ab-Eccles. ib. observ. 60.*

§. 1002.

Quod ad locum pertinet, jam innuimus, in tribunali interrogandos esse testes praesentes, absentes vero, quos Justinianus per procuratores partium interrogari concedit, ubicumque audiri possunt (§. 1000.): apud nos testes jubentur judicio se sistere, nisi legitimo impedimento detineantur; quo casu in propriis domibus interrogandi sunt a judice (1); non secus ac personae dignitate praefulgentes, honoris caussa (2): neque recipiuntur depositiones testium absentium, ut supra diximus (§. 902.)

(1) *Reg. Constitut. lib. 3. tit. 18. §. 15.*

(2) *Reg. Constitut. ibid. §. 16.*

§. 1003.

Supra diximus, probandum esse intra tempus a judice, vel a lege praestitutum, nisi justa caussa dilationem excuset (§. 835.); atque regulariter post litem contestatam ante conclusionem in caussa (§. 837.). Excepimus casum, quo testes ad futuram rei memoriam interrogari sive ab actore, sive a reo ante litem contestatam ex justa caussa expedlat (§. 838.; et seqq.). Sed hic quaedam adjici debent, quae testibus speciatim conveniunt.

§. 1004.

Imprimis prohibentur apud nos notarii, et judices, ne excipiant testimonia, seu testationes, quae spectent caussas civiles jam pendentes, poena alioquin indicta unius aurei adversus excipientes, trium aureorum adversus illos, quibus instantibus exceptae fuerint, quinque autem, si in judicio eas exhibuerint (1). Caeterae depositiones testium, quas excipere licet, judice dictante, sub eadem unius aurei poena conscribi jubentur (2). Tempore autem feriato testes deponere debere, si partes feriis renunciaverint, putat Thesaurus, quia testium favore inductae non sunt (3).

(1) *Reg. Constit. d. lib. 3. tit. 18. §. ult. in princip.*

(2) *Reg. Constit. d. §. ult. in fin.*

(3) *Thes. decis. 39. num. 2.*

§. 1005.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20. Lite contestata, atque negatis *positionibus*, ut loquuntur pragmatici (1), eae in *articulos* reducendae sunt, atque hi adversae parti communicari debent, ut contrarios offerre possit (2): quibus admissis tum actor, tum reus intra triduum edere tenetur interrogationes, quibus testes respondere debeant (3): quod si interrogationes intra statutum tempus exhibitae non fuerint, et nihilominus testes interrogati sint, hi repeti nequeunt, quamvis adversa pars suis impensis eos repeti postulet, nisi interrogationes omissas fuisse appareat dolo, vel culpa interrogationis (4).

(1) *V. De Positionibus. Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 15. §. 1., *et seqq.*

(2) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 16. §. 1., *et seqq.*

(3) *Reg. Const. d. lib.* 3. *tit.* 17. §. 1.

(4) *Reg. Constitut. ibid.* §. 5., *V. Ab-Eccles. observat.* 88. *num.* 8., *et* 9. ✠, *et part.* 2. *observ.* 67.

§. 1006.

Sed si inquisitio in testes nondum facta fuerit, aut testes aliqui praetermissi sint, recipi debent interrogationes, ut de his inquiratur in testes necdum auditos: immo si eo tempore offerantur, quo aliquis ex testibus, antequam testationis suae subscripserit, ad interrogata respondet, de his quoque respondere cogitur (1). An post apertas testationes alii testes produci, et interrogari possint, infra expendimus (2). Unum monemus interrogationes tantum fieri posse de his, quae in articulis continentur, et eorum adjunctis; adeoque caeterae a judice rejici debent (3), atque post statutum diem interrogari posse testes, modo congruo tempore jusjurandum praestiterint (4).

(1) *Reg. Const. d. lib.* 3. *tit.* 17. §. 6.

(2) *V. infra* §. 1050., *et seqq.*

(3) *Ab-Eccles. d. observ.* 88. *num.* 17., *et seqq.*; *Reg. Constitut. lib.* 3. *tit.* 17. §. 2., *et* 3.

(4) *V. Ab-Eccles. observat.* 79. *num.* 30. ✠

§. 1007.

Prolixior est disputatio de modo, quo testes in judicio ad fidem faciendam interrogandi sunt: atque hic plures tum jure Romano, tum usu fori requiruntur conditiones (1), videlicet deponere debent. 1. Praestito jurejurando, et quidem vocata parte adversa. 2. De scientia propria, non aliena, vel de credulitate. 3. Viva voce, ita tamen, ut eorum depositio scriptis demandetur. 4. Sigillatim, et seorsim singuli, non per turbam, nisi in specialibus quibusdam casibus.

(1) *V. Ab-Eccles. observat.* 84.

§. 1008.

Imprimis jusjurandum a testibus praestandum est (1); testi minime jurato ex trito axiomate non creditur, atque jurare debent, se dicturos, quidquid perspectum habent tum de articulis, tum de interrogationibus (2); sed prius admonendi sunt a judice de jurisjurandi gravitate, deque perjurii poenis (3): jurare utique possunt alii coram aliis, licet seorsim interrogandi sint (4): praeterquam in summariis, ut ajunt, informationibus (5): eorum autem depositiones jurejurando firmatae utrique litiganti prodesse possunt, nisi reprobati fuerint (6).

(1) *L. Jurisjurandi* 9., *l. Constitutio* 16. *cod. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *def.* 8. *in princip.*

(2) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 18. §. 18. *in princip. V. Ab-Eccles. part.* 2. *observat.* 63.; *et* 64.

(3) *Reg. Constit. ibid.* §. 19.

(4) *Reg. Constit. ibid.* §. 20.

(5) *Ab-Eccles. observ.* 55. *num.* 25.

(6) *Reg. Constit. d.* §. 18. *in fin.*

§. 1009.

Porro testationum vis ita pendet ex jurejurando testium, ut nec alio die factae videantur, quam quo juratum est (1): ex quo infertur, sufficere juratos esse testes intra dilationem iis audiendis praestitutam, licet nondum auditi sint, et die non feriata, quamvis postea die feriata audiantur; quia pro auditis habentur, ex quo jusjurandum praestiterunt. Excipit Faber casum, quo aliquis se in testem offerat vi litterarum monitorialium; ita ut hic jurare non cogatur, nisi sponte velit, quia non sit credendus velle perjurio onerare conscientiam suam, qui aliam dicendi testimonii caussam non habet, quam ut eandem plane exoneret (2): alii tamen consultius putant, etiam ab hoc exigi jusjurandum juxta generales juris tum civilis (§. praeced.), tum canonici (3) regulas; tum ut maturius propter religionem jurisjurandi testificetur, tum ut fraudibus, quae et in hoc casu timeri possunt, obviam eatur.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 15. def. 8. num. 1., et 2.*

(2) *Fab. d. def. 8. alleg. 1.*

(3) *Cap. Quoties 5., cap. Nuper 51. extra Decr. Greg. de testibus, et attestationibus* (2. 20.)

§. 1010.

Testes jurare debent praesentes, vel citata saltem, et per contumaciam absente adversa parte (1): atque ideo huic significandus est locus, et tempus, quo audiendi sunt testes, ut intersit, si velit, jurijurando testium (non interrogationibus); ita tamen ut nihil loqui liceat, nec minis, aut querimoniis uti (2). Valet tamen sententia lata super testimoniis auditis neutiquam citata parte, licet judex tacite se retulerit ad acta (3), propter rei judicatae auctoritatem; maxime quia testium probationes non sunt de substantia processus, cum judex ad judicandum alia ratione moveri potuerit: nisi forte oblati fuerint judici testes, aut alii probationis modi, quos admittere noluerit (4). Immo recte audiuntur testes, non vocata parte, si periculum sit in mora (5).

(1) *L. penult. cod. hoc tit., Novell. 90. cap. Et hoc vero 9., Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 15. def. 13., Ab-Eccles. part. 2. observ. 61.*

(2) *Reg. Constitut. lib. 3. tit. 18. §. 23., Fab. d. def. 13. allegat. 1., Ab-Eccles. ibid. observat. 62.*

(3) *Fab. cod. hoc tit. d. def. 61., Argum. l. Servo 65. §. Cum praetor 2. ff. ad Senat. Consult. Trebellian.* (36. 1.), *l. Praeses 27. ff. de re judicat.* (42. 1.)

(4) *L. Prolatam 4. cod. de sentent., et interlocut. omn. judic.* (7. 45.), *Fab. d. defin. 61. num. 5.*

(5) *L. Aliquando 5. ff. de offic. proconsul.* (1. 16.)

§. 1011.

De scientia, non de auditu, vel de credulitate testes jurare, et deponere debent (1): atque ideo jubentur interrogari testes super caussa scientiae, ita ut dictorum nulla ratio habeatur, si scientiae caussam non afferant (2): admittuntur tamen testes de auditu in illis, quae vix aliter probari possunt; veluti si ageretur de probanda possessione, aliave re immemoriali (3); vel etiam de cognatione (4).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num. 15.*

(2) *Reg. Constit. lib. 3. tit. 18. §. 21.*

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 15. def. 41.*

(4) *D. cap. Quoties 5. extra Dec. Greg. de testib., et attestat.* (2. 20.)

§. 1012.

Praeterea in testibus exigimus, ut deponant viva voce (1), secreto tamen (§. 1008., et 1010.); interest enim testes audiri praesentes, ut ex constantia, vel titubatione in respondendo judex decernere possit, quae fides illis adhibenda sit (§. 902.): atque ideo, licet testes sponte dictent depositiones suas, quod tamen judex ferre non debet (2), interrogari jubentur de eo, quod forte praetermiserint (3).

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20.

(1) *L. Testium fides* 3. §. *Idem divus* 3., *et seq. ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *definit.* 52., *Ab-Eccles. observat.* 78. *num.* 1.

(2) *Reg. Constitut. lib.* 3. *tit.* 18. §. 24. *in fin.*

(3) *Reg. Constitut. ibid.* §. 2.

§. 1013.

Hinc hodie in foro obtinet, ut testium depositiones, quae in prima persona ad extensum scribi debent ab actuario, vel scriba judicis, vel notario; his deficientibus, atque subscribi tum a testibus, vel signari, tum a judice, vel scriba (1) coram ipsis legantur, ut easdem confirment, vel addant, minuant, aut immutent pro arbitrio (2): quod adjectum, sublatum, vel immutatum fuerit, in calce depositionis scribi debet, non cancellari, aut radi, quod prius scriptum fuit; atque adjectio a judice subscribenda est, nec non a teste, vel signari, si litteras nesciat (3).

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 18. §. 7., 8., *et* 12.

(2) *Voet in ff. hoc titul. num.* 15. *prop. fin.*, *Reg. Constit. d.* §. 12. *V. Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *definit.* 28., *Ab-Eccles. d. observat.* 78. *numer.* 24., *et seqq.*

(3) *Reg. Constit. ibid.* §. 13.

§. 1014.

Testem posse se corrigere incontinenti, fatentur omnes (1): atque id etiam potest ex intervallo, dummodo errorem exprimat, ejusque caussam (2). Quinimmo, si testimonium de re aliqua dixerit ante litem contestatam, imprimis petere potest, ut ipsi exhibeatur, seu legatur prior sua depositio (3): quamquam, si elapsi fuerint pauci dies a prima depositione, suspectus videtur testis, qui eam exhiberi petit: sed hodie in hac patria, subjicit Ab-Ecclesia, non admittitur productio testationum extrajudicialium, sed debent fieri capitula distineta, et separata: atque super illis interrogandi sunt testes, quin legatur prior testatio, aut ad illam relatio habeatur (4).

(1) *Cap. Praeterea* 7. *extra Decr. Greg. de testib. cogend.* (2. 21.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *def.* 30. *allegat. ult.*

(2) *Fab. d. def.* 30. *in fin.*

(3) *Ab-Eccles. part.* 1. *observ.* 87. *num.* 18., *Thes. decis.* 255. *num.* 8

(4) *Ab-Eccles. ibid. num. ult.*

§. 1015.

Hinc non tantum testis, et pars, quae testem producit, sed et pars adversa petere potest, ut depositio extra judicium facta scindatur, quo testes a judice interrogati deponere liberius possint, quidquid perspectum habent, atque emendare (1). Teste autem, qui ante coeptum judicium testatus est, defuncto, vel absente, unde idcirco repeti non possit, qui eo utitur, probare debet, eum bonae existimationis fuisse, et simul mortuum, vel absentem esse: nec non testationem ab eo scriptam, vel subscriptam, si pars adversa neget (2).

(1) *V. Pratic. legal. part.* 1. *tit.* 14. §. 42., *et* 43. *pag.* 69.

(2) *Pratic. legal. ibid.* §. 57., *et* 58.

§. 1016.

Si testes perperam interrogati fuerint, seu examinati, puta quia jusjurandum omissum sit (§. 1008.), vel praetermissa vocatio adversae partis (§. 1010.), sine dubio rursus audiendi sunt (1): sed quaeritur, an testificari possint, relatione habita ad priorem depositionem, quin eam repetant? Sunt, qui putant, valere depositionem hanc, dummodo novae interrogationes fieri non debeant, nec pars adversa, aut commissarius, vel adjunctus, aut judex ex officio aliud jubeat, prout jubere potest (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *def.* 47., *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 18. §. 10.

(2) *Ab-Eccles. part.* 1. *observ.* 87. *num.* 1., *et* 2., *Thes. dec.* 252. *num.* 8.

§. 1017.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20.

Longe tamen consultius est, ut testes rursus ad extensum deponant, et deponere cogantur, praesertim in criminalibus, nisi quaestio sit de testibus ad futuram rei memoriam auditis (1): atque ideo tradit Faber, testem, qui de recenti negotio rursum interrogatus nihil aliud dicere velit, nisi perstare se in sua testatione, et, quod scriptum est; bene scriptum esse, torqueri posse, ut veritas facti habeatur, ne judici impune illusum videatur, licet de re minimi praejudicii in principali negotio agatur (2): permittendum tamen est, ut priorem suam testationem inspiciat (3), ut supra in casu non plane absimili diximus (§. 1014.)

(1) *Ab-Eccles. d. observ.* 87. *num.* 14., 15., *et* 16., *Osasc. dec.* 128. *num. ult.* ✠, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *d. definit.* 47. *num.* 2., *et seq.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. def.* 57.

(3) *Fab. cod. hoc tit. d. definit.* 47. *in fine.*

§. 1018.

Si non omnes, sed unus tantum testis se referat ad priorem depositionem, alter vero ad extensum rursus deponat, cum ex hujus testimonio semiplena oriatur probatio, prior autem relativa aliquod indicium faciat, quae aliis concurrentibus semiplenae probationi aequivalere potest, idcirco censuit Senatus, donationem plene probari; quamquam ad tollendas omnes difficultates jussit, praestari a donatario jusjurandum suppletivum (1).

(1) *Ab-Eccles. observat.* 87. *num.* 5., *et seqq.* ✠

§. 1019.

Sane apud omnes in confesso est, ad extensum deponere debere testem, qui primo loco interrogatus fuerit ab aliquo carente jurisdictione, vel privatim ad partis instantiam, aut extra judicium coram solo tabellione, parte adversa minime citata (1), vel ab alio judice, quam ab eo, coram quo lis criminalis pendet, si reus neget (1). Idem dicendum de testibus, qui virtute litterarum monitorialium factum aperuerint; cum nullus sit timor variationis, et prior propalatio nullam fidem in judicio faciat, ad extensum deponere debent (3).

(1) *Ab-Eccles. d. observ.* 87. *num.* 9., 10., *et* 12. ✠

(2) *L. Testium fides* 3. §. *Idem divus* 3., *et seq. ff. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. defin.* 9.

(3) *Ab-Eccles. ibid. num.* 11., *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 16.

§. 1020.

Exceptionem huic regulae de repetitione testium admittit post alios Voet, si adversarius non praecise urgeat, et testes omni exceptione majores sint; vel si decesserint, aut semel in judicio testimonia, tametsi solemniter non repetita, producta fuerint (1): repetitio testium ad substantiam probationis non pertinet; sed eo dumtaxat tendit, ut evidentius constet de rei veritate, atque ut testes corrigere possint, si forte in aliquo se errasse deprehenderint (2).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 16. *in fin.*

(2) *Reg. Constitut. lib.* 3. *tit.* 18. §. 12.

§. 1021

In quaestione, an priori, an posteriori testium depositioni standum sit, si posterior priori adversetur, distinguendum est. Praevalet posterior priori extra judicium factae (1), si aut solo judicis officio, aut requirente ipso teste, aut procuratore fiscali testis iterum audiatur (2), atque prior jurejurando firmata non fuerit, alioquin testis tamquam perjurus puniendus esset, nec ulla perjuro fides adhibetur (3). Subjicit Faber, testi, qui, denuo interrogatus, negaverit se scire, tum de negotio testificetur, credendum non esse tamquam perjuro, vel etiam corrupto: atque ideo testes, qui semel deposuerunt, non debent rursus super eadem re interrogari sine caussa; atque suspectus

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20. est ille, qui dicat, se minus fuisse recordatum tempore primae depositionis, quo memoria erat recentior (4). Quamquam nihil prohibet, quominus ex aliis caussis fieri possit, ut testis tempore secundae interrogationis luculentius deponat.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 34. *in princip.*

(2) *Fab. d. defin.* 34. *num.* 7.

(3) *Fab. d. defin.* 34. *in fin.*

(4) *Fab. d. defin.* 34. *in fin., et allegat. ult.* ✠

§. 1022.

Si autem posterior depositio in judicio, adhibito jurejurando, fiat, postquam idem testis extra judicium deposuerat, petente alterutro ex litigantibus, rursus distinguit Faber, an petat novam depositionem fieri ille, contra quem, an ille, pro quo primitus facta fuit. Priore casu nullam tradit secundae testationi fidem adhibendam esse, cum immo nec audiendus sit talia petens, propter metum corruptionis; ex quo maxime cavendum judici est, praesertim in criminalibus ab hujusmodi repetitionibus testium ad instantiam partium, ut via comminiscendis fraudibus praecludatur (1): immo testis tamquam falsus, et perjurus puniri potest, si prima testatio licet extrajudicialis jurata fuerit, atque posteriorem fecerit priori contrariam (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 34. *num.* 8.

(2) *Fab. d. defin.* 34. *num.* 9.

§. 1023.

Quod si posteriorem testationem requirat ille, pro quo alia extra judicium jam facta fuerat, posterior praevalet, si Fabro credimus, sive jurata sit, sive non, sive in judicio, sive extra judicium fiat; quia sibi debeat imputare is. qui petiit, ut idem testis rursus interrogaretur (1). Verum ratio haec viget utique in eo casu, quo posteriore depositione minus juvetur petens, non quo magis; adeoque primae potius depositioni standum videtur, si posterior adversarium magis gravet, potissimum si prior jurejurando firmata fuerit, cum ita passim receptum sit (2), propter metum corruptionis, atque subornationis.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *d. defin.* 34., *num.* 7.

(2) *Fab. cod. hoc tit. defin.* 4., *et* 54. *in princ.*

§. 1024.

Ergo regulariter priori depositioni juratae standum est (§. praeced.), maxime si posterior facta sit post apertas, et publicatas testationes; seu ut loquuntur pragmatici, post didicita testificata (1). Excipitur testatio facta vi litterarum monitorialium; cum prior ad finem revelationis tantum facta sit potius, quam ad probandum, nec vocata parte, nec praecedente judicis mandato, prout requiritur, posterior coram judice, coram quo lis pendet, facta priori prevalere debet (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15, *d. defin.* 4. *num.* 1., *et* 2.

(2) *Fab. cod. d. defin.* 4. *num.* 3., *et seqq.*

§. 1025.

Excipit quoque Faber a regula generali casum, quo prior testatio sola judicis auctoritate facta sit, posteriorem vero litterarum monitorialium, atque ecclesiasticarum censurarum potestas extorserit, ita ut posterior, praesertim si vero similior sit, aut aliis adminiculis fulciatur, priorem vincat (1); quia licet, summo jure inspecto, vix ulla fides adhibenda sit illi, qui diversa testimonia praebet (2), tamen apud rusticos error passim invaluerit, ut credant, sibi non aliter impositam testificandae veritatis necessitatem, praeterquam si censuris ecclesiasticis urgeantur (3): sublato autem hoc errore, non desunt, qui sentiant, idem ferendum esse judicium; quia posterior magis considerate facta praesumi debeat.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *d. defin.* 54. *num.* 1., *et seqq.*

(2) *L. Eos, qui diversa* 27. *ff. ad leg. Cornel. de fals.* (48. 10.)
(3) *Fab. d. defin.* 54. *num.* 4., *et seqq.*

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20.

§. 1026.

Caeterum testis, qui res plane contrarias, et secum pugnantes deponit, non solum torqueri potest, ut sciatur, utri depositioni stare malit, sed etiam tamquam falsus corporali poena triremium sive ad tempus, sive in perpetuum, si criminis atrocitas exigat, plecti potest (1): quamquam regulariter, si absit fraus, testis de simplici mendacio nonnisi levi aliqua pecuniaria poena punitur (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 55.
(2) *Fab. d. defin.* 55. *allegat. ult.*

§. 1027.

Si testes inter se dissentiant, vel testificentur diversa ab illis, quae producens allegavit, vix probant, saltem favore producentis, contra quem in dubio dicta testium interpretamur; ita tamen, ut ad concordiam, quantum fieri potest, redigantur (1); ne actus pereat (2). Major sane testium numerus praevalet (3), si diversa diversi deponant, nisi forte agatur de probanda laesione (§. 828.)

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 30. *num.* 3., *et seqq.*, *et defin.* 59.
(2) *L. Quoties in actionibus* 12., *l. Ubi est verborum* 21., *l. Cum in testamento* 24. *ff. de reb. dub.* (34. 5.)
(3) *L.* 1. §. *ult. ff. testament. quemadmod. aperiant.* (29. 3.), *Fab. cod. hoc tit. defin.* 53.

§. 1028.

Cum fides testium maxime pendeat ex illorum conditione: *Ideoque in persona eorum exploranda sint*, ait Jureconsultus, *imprimis conditio cujusque, utrum quis Decurio, an plebejus sit, et an honestae, et inculpatae vitae; an vero notatus quis, et reprehensibilis: an locuples, vel egens sit, ut lucri caussa quid facile admittat, vel an inimicus ei sit, adversus quem testimonium fert, vel amicus ei sit, pro quo testimonium dat* (1): hinc municipali lege cavetur, ut testis, priusquam claudatur depositio, separatim interrogetur de aetate, vitae instituto, et quantitate patrimonii: nec non utrum domesticus sit, debitor, creditor, consanguineus, vel affinis alterutrius ex contendentibus, et quo gradu (2).

(1) *L. Testium fides* 3. *in princip. ff. hoc tit.*
(2) *Reg. Constitut. lib.* 3. *tit.* 18. §. 14.

§. 1029.

Praeterea, ut testes singuli ex animi sui sensu, et pro rei veritate deponant, singuli sigillatim super quolibet articulo interrogandi sunt (1); atque separatim, ita ut unus audire nequeat alterius depositionem, quamquam non prohibentur testes omnes simul jusjurandum praestare (2). Quod si plures in globo, atque ut pragmatici loquuntur, per turbam auditi fuerint, unius tantum testis loco habentur, sed multo dignioris fidei, si nullus sit suspectae fidei, alioquin unius defectus caeterorum fidei derogat, quasi unus omnes sint (3).

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 18. §. 11.
(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 20.
(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 3. *in princ.*

§. 1030.

Sed quod dicimus, testes per turbam interrogatos loco unius testis multo dignioris fidei haberi (§. praeced.), pragmatici intelligunt de eo tantum casu, quo decem testes, qui numerus ad turbam requiri solet (1), interrogati fuerunt; si enim vel unus desit, fidem utique faciunt, non tamen majorem uno teste (2); quia nec turbam revera constituunt (3).

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20.

(1) *L. Praetor ait* 4. *§. Turbam autem* 3. *ff. de vi bonor. raptor.* (47. 8.)
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *def.* 37.
(3) *D. l.* 4. §. 3. *ff. de vi bonor. raptor.*

§. 1031.

Caeterum in civilibus tantum caussis, non in criminalibus, recte subjicit Faber, audiendorum per turbam modus receptus est, et quidem ex consuetudine potius, quam ex juris ratione, cum nullus sit textus juris civilis, aut canonici, qui de testibus per turbam examinandis loquatur (1); tum quia delicti probatio certo testium numero non concluditur, cum publice intersit delicta puniri (2); nec ideo refraenandus sit numerus testium, prout in caussis civilibus; tum quia humanum non esset, tot simul objectis testibus reum obrui, cui potius favendum est, quantum sinit aequitas (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *d. def.* 3. *num.* 3., *et seqq.*
(2) *L. Ita vulneratus* 51. *§ ult. prop. fin. ff. ad leg. Aquil.* (9. 2.)
(3) *L. Absentem* 5. *ff. de poenis* (48. 19.)

§. 1032.

Si tamen probanda sit mala accusati fama, nihil prohibet, quominus multi testes per turbam audiantur (1); ut ita totius populi opinio cognoscatur: sed omnes, et singuli exhibendi erunt reo, ut objicere possit, si quid adversus eos habeat, aut mentientes fortasse praesentia terrere, atque ab palinodiam compellere (2); cum enim consultius sit nocentem absolvere, quam innocentem damnare (3), nulla deneganda est reo ratio, qua innocentiam suam probet.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *d. defin.* 3. *num* 6.
(2) *Fab. d. defin.* 3. *num.* 7.
(3) *D. l. Absentem* 5. *ff. de poen.* (48. 19.)

§. 1033.

Unum hic cum Fabro monemus: videlicet testes, licet minus solemniter interrogatos, aliquale indicium facere: immo concludenter probare posse apud supremos magistratus, quibus mandatum est, ut procedant, sola facti veritate inspecta (1); potissimum si mortui sint, ita ut repeti non possint (2), atque agatur de facto antiquo, cujus probatio aliter haberi nequeat: ita postulat favor probationum (3), et casus necessitatis (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 40.
(2) *L. ult. versic. sin autem cod. hoc tit.*
(3) *L. Curent* 22. *ff. hoc tit.*
(4) *Argum. l. Si mulier* 59. §. 1. *in fin. ff. de jur. dot.* (23. 3.)

CAPUT III.

De numero testium ad fidem faciendam requisito.

SUMMARIA.

Duo testes sufficiunt, quoties lex numerum non adjicit. §. 1034.

Solutio debiti in scriptis contracti probanda est per scripturam, vel per quinque idoneos testes: sed scripturae amissio duobus testibus probatur. §. 1035.

Debita exigua absque scriptura dissolvi possunt. §. 1036., *et* 1037.

Testes unicus nec facile admittendus est, nec admissus per se plene probat, exceptis quibusdam casibus. §. 1038., *et* 1039.

Testis unicus non facit indicium ad quaestionem; sicut nec socius criminis, nec infamis, praeterquam in delicto laesae majestatis. §. 1040.

Testis unicus nec semiplene probat, si non deponat de visu, vel expressim, et aperte. §. 1041., *et* 1042.

Testes non probant, nisi sint contestes; vel deponant de actu reiterabili. Quid sit extra articulata deponant? §. 1043.
Super uno articulo testes plusquam decem interrogandi non sunt. §. 1044.
An, qui plures produxit, pro arbitrio eligere possit, quos malit? §. 1045.
Testium major numerus ut plurimum praevalet. §. 1046.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20.

§. 1034.

Cum de testium numero ad fidem faciendam sive in civilibus, sive in criminalibus quaestionibus disceptatur, generalem regulam ponit Ulpianus, duos testes sufficere, quoties numerus testium in legibus non adjicitur; quia pluralis locutio duorum numero contenta sit (1). Specialis ergo requiritur legis sanctio, ut majorem numerum adhibere opus sit; prout cautum de septem testibus in testamento adhibendis (2), quinque in codicillis (3), tribus in scriptura privata, ut creditor, qui illa nititur, praelatione hypothecae gaudeat adversus creditores posteriores, quorum obligatio publico instrumento contineatur (4).

(1) *L. Ubi numerus* 12. *ff. hoc tit.*
(2) §. *Sed cum paullatim* 3. *instit. de testament. ordinand.* (2. 10.)
(3) *L. ult.* §. 1. *cod. de codicill.* (6. 36.)
(4) *L. Scripturas* 11. *cod. qui potior. in pign.* (8. 18.)

§. 1035.

Ad haec Justinianus, ut obviam iret fraudibus, quae ex facilitate testium, et improbitate timeri possunt, decrevit, ut solutio debiti in scriptis contracti omnino probari debeat vel per scripturam, vel saltem per quinque testes idoneos, et summae, atque integrae opinionis, qui sub jurisjurandi religione deponant sub praesentia sua debitum fuisse solutum (1): quod si liberationis apocha in scriptis quidem tradita debitori fuerit, sed fortuito casu amissa sit, casum amissionis per duos testes probare sufficit (2): duobus testibus dicimus probari amissionem scripturae, seu apochae liberationis, non quinque desiderari; etenim Justinianus testes commemorat, neutiquam adjecto numero (3); proinde ex generali regula duo sufficiunt (4).

(1) *L. Testium facilitatem* 18. *cod. hoc tit.*
(2) *D. l.* 18. *in fin. versic. Sin vero.*
(3) *D. l.* 18. *in fin.*, *et d. versic.*
(4) *D. l. Ubi numerus* 12. *ff. hoc tit.*

§. 1036.

Sed sanctio haec Justiniani, prout supra diximus (§. 824.), pertinet tantum ad debita, in quibus scriptura vel ex sanctione legis municipalis, vel ex voluntate contrahentium necessaria fuit; non ad illa, in quibus scriptura ad probationem tantummodo confecta fuit: immo nec priora debita ex usu fori scripturam desiderant, ut dissolvantur, nisi egregia sint, idest quinquaginta aureorum summam excedant (1); seu juxta novellam Justiniani constitutionem contineant auri libram (2), quae aestimatur ex duobus, et septuaginta solidis, quos nunc aureos, ait Faber, vocamus (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *def.* 22. *in princip.*
(2) *Novell.* 73. *cap. ult.*
(3) *Fab. cod. hoc tit. d. definit.* 22. *in fin.*, *auri libra hodie apud nos aestimatur libris mille, quae viginti aureis solidis singulae constant.*

§. 1037.

Excipit quoque Justinianus debitores, qui sine scriptis debitum, vel partem ejus solverint (1): quibus verbis innuit, constitutionem suam praeterita negotia non complecti secundum generales juris regulas (2); atque praeoccupato, ita dixerim, jure probandae solutionis sine scriptis per solutionem partis, nec pro reliquo necessariam vult esse scripturam.

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20.

(1) *D. l. Testium facilitatem* 18. *prop. fin. cod. hoc tit.*
(2) *L. Leges* 7. *cod. de legib.* (1. 14.)

§. 1038.

Duo testes ad fidem faciendam plerumque requiruntur, et sufficiunt (§. praeced.), sed testis unicus plenam probationem per se non facit; *sancimus*, ait Constantinus Imperator (idest *sancivimus*, posito praesenti pro praeterito), *ut unius testimonium nemo judicum in quacumque caussa facile patiatur admitti. Et nunc manifeste sancimus, ut unius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclarae curiae honore profulgeat* (1). Ergo unus testis facile admittendus non est; quod si ex justa aliqua caussa admissus fuerit, nisi illius testimonium aliis adminiculis fulciatur, plene non probat, etiamsi preclara aliqua dignitate fulgeat, et merito: ut enim legitur in Deuteronomio, *in ore duorum, vel trium testium stabit omne verbum* (2). Unde profluxit effatum apud interpretes, *testis unus testis nullus; atque testimonium unius testimonium nullius.*

(1) *L. Jurisjurandi* 9. §. 1. *cod. hoc tit.*
(2) *Deuteronomii cap.* 19. *versic.* 15., *Ab-Eccles. observat.* 96. *num.* 13., *et* 14.

§. 1039.

Sed regula haec ex communi sententia quasdam habet exceptiones: puta testi unico creditur, si hic deponat de facto proprio, et de negotio, cujus ratione nihil sua intersit, uter ex litigatoribus vincat (1): item si convenerit inter litigantes, ut stetur certae personae depositioni, saltem si agatur de re, quae ab eorum voluntate pendeat (2): excipitur quoque ab hac regula Princeps, et casus, quo Princeps ex juxta caussa ita statuat, vel quo agatur de caussis summariis, et parvi praejudicii (3). Nec desunt, qui sentiunt, testem unicum probare contra producentem, quod tamen alii negant (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *definit.* 35.
(2) *Brunneman. in cod. ad d. l.* 9. *cod. hoc tit. num.* 10., *et* 11.
(3) *Brunneman. ibid. num.* 8., *et* 9.
(4) *Argum. l. Si quis testibus* 17. *cod. hoc tit.*

§. 1040.

Non tamen uni testi fides adhibenda est, licet plures haberi nequeant, praesertim in criminalibus (1), in quibus regulare est, ut unus testis, quamvis integrae fidei, non faciat indicium ad sumendam de reo quaestionem, si aliae non adsint conjecturae, sicut nec socius criminis, nec infamis (2), praeterquam in crimine laese majestatis, propter delicti atrocitatem (3).

(1) *Deuteronomii cap.* 17. *vers.* 6.
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *def.* 20. *in princip.*
(3) *Argum. l. Famosi* 7. *ff. ad leg. Jul. majestat.* (48. 4.), *Fab. d. defin.* 20. *in fin.*

§. 1041.

Diximus, ex depositione unius testis, cujuscumque existimationis sit, semiplenam oriri probationem (§. 1038.): quod verum esse, si deponat per sensum visus, non per auditum, passim tradunt interpretes, et pragmatici (1): proinde si unus testis deponat, se audivisse Titium creditorem asserentem sibi a Maevio debitore solutum fuisse, nulla tamen expressa certa quantitate, locus non fit jurijurando debitoris suppletivo; quippequod admitti non solet, nisi adsit semiplena probatio (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *definit.* 11. *alleg.* 1.
(2) *Fab. d. def.* 11. *in princ.*

§. 1042.

Cum autem nihil referat, an testis persona, an testatio integra non sit, inde merito colligitur, nec deferri posse jusjurandum in supplementum probationis, si testis unus recte quidem testificatus sit, sed cujus persona non sit integra; vel integrae fidei testis

deposuerit de auditu tantum, aut non satis aperte; veluti non expressa pecuniae, quam solutam creditori asserit, quantitate (1), ut modo diximus (§. praec.)

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *d. def.* 11. *num.* 2., *et seqq.*

§. 1043.

Neque plures testes plene probant, nisi contestes sint, videlicet eodem modo deponant; alioquin unius vice. ad summum funguntur, et si plures numero sint; immo minus probant, si contrarii sint, non simpliciter diversi in adminiculis, ut ajunt (1). Excipiunt vulgo casum, quo testes singulares deponant de actu, ut ajunt, reiterabili, et successivo; puta de possessione, quo casu plene probant, si quinque numero sint diversi, non contrarii; atque testentur de *articulatis*, ut loquuntur pragmatici (2); nam depositiones de aliis rebus maxime suspectae sunt ob testium subornandorum facilitatem (4), atque, si reciperentur, fieret injuria adversario, qui contrariis probationibus caussam suam munire alioqui potuisset (4): possunt tamen, ait Thesaurus, interrogari testes super novis articulis, si haec pertineant ad finem ejus, de quo principaliter interrogantur (5): atque censuit Senatus, testem interrogatum, an aliter esse posset, quam ipse deponebat, quod tamen ipse nesciret, ad respondendum teneri (6).

(1) *Fab. cod. hoc. tit. lib.* 4. *tit.* 15. *def.* 46. *in princip.*
(2) *Fab. d. def.* 46. *num.* 2., *et* 3., *et def.* 51.
(3) *L. Testium facilitatem* 18. *cod. hoc tit.*
(4) *Fab. cod. hoc tit. d. def.* 51. *num.* 2.
(5) *Thes. decis.* 261. *num.* 3.
(6) *Thes. d. dec.* 261. *num. ult.*

§. 1044.

Testes duo sive in civili, sive in criminali judicio regulariter sufficiunt (§. 1034.): atque constitutionibus Principum cautum fuit, ut judices eum solum numerum testium evocari patiantur, quem necessarium esse putaverint, *ne effraenata potestate ad vexandos homines superflua multitudo testium protrahatur* (1). Hinc passim in foro receptum, ne plures, quam decem testes super uno articulo interrogentur, nisi agatur de iis caussis, quae sunt majoris praejudicii, et quarum veritas ex multorum testimonio pendet, puta de probanda consuetudine (2). Apud nos indistincte vetitum, ne plures, quam decem testes de quocumque facto producantur, aut interrogentur (3).

(1) *L.* 1. *§. ult. ff. hoc tit.*
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *def.* 14.
(3) *Reg. Const. lib.* 3. *tit.* 18. *§.* 17.

§. 1045.

Nec testibus, qui denarium numerum superant, fides adhibetur, nisi testes singuli de diversis testificentur, et singulis actibus, puta possessionis, qui tendunt ad eundem finem; vel de delicto probando in genere, non in specie; quo casu per testium numerum suppletur, quod deest juris solemnitati (1). Sane, cum legitimum numerum testium excedere non licet, nec in producentis arbitrio est, ut decem ex omnibus, quos velit, et quorum fortasse sperat testationes utiliores sibi futuras, eligat (2): sed electio ad judicem pertinet; atque, si plures auditi fuerint, qui postremo supra legitimum numerum auditi sunt, judicis officio rejici debent, licet tacente eo, cujus rejici interest (3); cum exceptio haec sit juris, quae a judice suppleri potest (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *def.* 6. *in princip.*
(2) *Argum. l. Solemus* 61. *ff. de judic.* (5. 1.)
(3) *Fab. cod. hoc tit. d. definit.* 6. *in fine.*
(4) *L.* 1. *cod. ut quae desunt advocat. part.* (2. 11.)

§. 1046.

Vix monendum, testibus inter se dissentientibus non tantum de instrumenti fide, sed et de quovis alio negotio, majoris numeri potiorem esse caussam (§. 914.): nisi

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20.

forte quaestio sit de probanda laesione, quam alleget emptor, neget venditor intervenisse (§. 828.): sed satis de testium numero: inquirendum superest, an repetita testium productio permittatur, et quo tempore.

CAPUT IV.

An testes saepius producere liceat.

SUMMARIA.

Testium repetita productio jure Romano permittitur. An et quarta? §. 1047., *et* 1048.

Idem testis semel tantum in eadem caussa regulariter produci debet. §. 1049.

Testes post publicatas testationes, et didicita testificata super iisdem, vel contrariis articulis plerumque producere non licet. An positiones facere liceat? §. 1050., *et* 1051.

Testes in caussa appellationis super iisdem, vel contrariis articulis an produci possint? §. 1052., *et* 1053.

Post publicatas testationes audiri possunt testes in eodem judicio, si illae nullae sint; immo etiam alii interrogari. §. 1054., *et* 1055.

Quid si adversarius consentiat, instrumenta de novo reperta sint, testificata minime cognita? §. 1056.

Sententia judicis de aperiendis testationibus non impedit, quominus novi testes producantur. §. 1057.

Quomodo probanda sit ignorantia testationum, quae jam publicatae sunt? §. 1058.

Impensas judicii ferre debet ille, cujus facto eroganlur. §. 1059.

Quid si testes pro alterutro tantum litigantium auditi fuerint, atque iis testationibus uti nolit? §. 1060.

Notorium post apertas testationes probari potest. §. 1061.

Judex ex officio, si justa adsit caussa, post apertas testationum tabulas novam testium interrogationem decernere potest. §. 1062.

Quid de judiciis criminalibus? §. 1063.

Testationes adversae parti communicari non debent, antequam judicis auctoritate publicentur. §. 1064.

§. 1047.

Testes, si res ex Romani juris sanctione dijudicetur, bis, et tertio producere licet, non autem quarto (1); nisi judex, caussa cognita, ita permiserit; praestito per producentem jurejurando, testium priorum productiones sibi non innotuisse (2): nimirum timeri potest, ne producens testationes, quae secreto fieri debent, perspectas habuerit; et inde quaerat, aliis testationibus sibi magis propitiis, sed a veritate fortasse alienis, adversarium laedere; cum facile inveniantur testes contra animi conscientiam deponentes (3).

(1) *Auth. At, qui semel post l.* 19. *cod. de probationibus* (4. 19.), *Novell.* 90. *cap. Quia vero* 4. *in princip.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *definit.* 21. *in fin.*, *Ab-Eccles. part.* 1. *observ.* 79. *num.* 1., *et seqq.*

(2) *D. Auth. in fin.*, *d. cap.* 4. *in medio. V. Fab. d. defini.* 21. *alleg.* 4., *ubi ait, jurijurando purgationis, quod nempe testes, qui postremo producuntur, tunc primum innotuerint, locum fieri ex stylo Senatus Sabaudi, cum nova facta deducuntur in tertia instantia.*

(3) *L. Testium facilitatem* 18. *cod. hoc tit.*

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20.

§. 1048.

Exceptionem huic regulae de rejicienda quarta testium productione quidam admittunt, si aliquot diebus continuis fieret; maxime si actor testes omnes primo nominasset, vel si jus hoc ex justa caussa, cum tertio produceret testes, sibi reservaverit (1). Sed alii utrumque casum rejiciunt; tum quia neutrius in legibus mentio fiat (2); tum quia non cesset iniquae testationis suspicio, quam Justinianus avertere voluit (3).

(1) *Brunneman. ad d. Auth. cod. de probat. num.* 3.

(2) *D. Novell. 90. cap. Quia vero 4., unde desumpta d. Auth. At qui semel post l. 19. cod. de probat.* (4. 19.)

(3) *D. Novell. 90. cap. 4. fere in princip.*

§. 1049.

Eundem testem in eadem caussa nonnisi semel produci posse, satis aperte innuit Justinianus, cum facultatem hanc tantummodo concedit in eo caso, quo testes apud compromissarios judices auditi fuerint (1): si tamen testis post examen recordetur, se in aliqua depositionis suae parte errasse, errorem incontinenti, antequam cum alterutro litigantium locutus fuerit, ob metum subornationis, corrigere potest (§. 1013.); immo etiam ex intervallo, dummodo errorem, ejusque caussam exprimat (§. 1014.). Judex quoque, animi sui informandi caussa, post didicita licet testificata, jubere potest, ut testes iterum audiantur, si de errore dubitetur, vel priores depositiones ambiguae fortassis sint, ideoque explicandae (2).

(1) *L. ult. cod. hoc tit., Cap. Praeterea 7. extra Decret. Greg. de testib. cogend.* (1. 21.)

(2) *Fab. Cod. hoc tit. lib. 4. tit. 15. defin.* 2.

§. 1050.

Secunda, et tertia testium productio permittitur, immo et quarta permitti potest, si modo producens adhibito jurejurando affirmet, priores testationes sibi cognitas non esse (§. 1047.). Hinc sponte fluit, quod constituit Justinianus, post apertas testationes, seu post didicita a producente testificata, neque ex rescripto Principis, novam testium productionem permittendam esse, tametsi semel dumtaxat quis testes produxerit (1); ne fraudibus, et machinationibus via aperiatur (d. §. 1047.): quod et jure canonico firmatum est (2). Positiones autem post didicita testificata facere licet, quibus tenetur adversarius respondere in caussis summariis, in quibus proceditur, sola facti veritate inspecta, non in caeteris (3).

(1) *D. Novell. 90. cap. Quia vero 4.* §. 1.

(2) *Cap. Fraternitatis 17. extra Decr. Greg. de testib., et attestat.* (2. 20.)

(3) *Osasc. decis. 10. num. 5., 6., et ult.* ✠

§. 1051.

Ab hac autem regula de non producendis post didicita testificata testibus super iisdem, vel contrariis articulis propter metum corruptionis, et subornationis nec mulieres, nec minores, nec rustici ex usu fori eximuntur (1); licet enim his permissum sit jus ignorare (2), advocati tamen, et procuratores, quorum opera in litibus exercendis utuntur, haec sciunt, et aeque timendum est, ne horum scientia adversario noceat; adeoque idem jus statui debet (3).

(1) *Fab. cod. de testib. lib. 4. tit. 15. definit.* 17.

(2) *L. Regula est 9. ff. de jur., et fact. ignorant.* (22. 6.)

(3) *L. Illud quaesitum 32. ff. ad leg. aquil.* (9. 2.)

§. 1052.

Disputant interpretes, utrum liceat, saltem in caussa appellationis, producere novos testes super iisdem, vel contrariis articulis. Negat Faber (1), ex praescripto juris canonici (2), quod in foro receptum tradit, contra sanctiones juris civilis (3). Nec pu-

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20.

pillum in hac re melioris conditionis existimat Faber, ita ut deneganda sit ei restitutio, licet tutor jurare paratus sit, nunc primum sibi innotuisse testes, per quos probare velit, nisi forte pupillus ab inope tutore suum consequi non possit, quo casu ex aequitate pupillus restituendus foret, alioquin a communi regula recedendum non putat in dispendium adversarii (4). Alii plane articuli, et dissimiles ex omnium sententia possunt deduci in caussa appellationis, etiam sine beneficio restitutionis in integrum, et probari (5); non vero; si Fabro credimus, qui in prima instantia deducti fuerunt: atque inde subjicit, exclusum a probando, nec admittendum esse ad probandum praetextu monitorii etiam contra tertium impetrati, ne per indirectum fiat, quod directo non licet: quamquam nihil impedit, quominus contra tertium, atque in ipsius dumtaxat praejudicium monitorium impetretur (6).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 39. *in princ.*

(2) *D. cap. Fraternitatis* 17. *extra Decret. Greg. de testib., et attestat.* (2. 20.)

(3) *L. penult. cod. de temporib., et reparat. appellation.* (7. 63.)

(4) *Fab. d. defin.* 39. *num.* 2.; *et seqq.*

(5) *D. l. penult. cod. de temporib., et reparat. appellat. Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *d. defin.* 39. *in fin.*

(6) *Fab. d. defin.* 39. *alleg.* 10. ✠

§. 1053.

Sed affirmat ex Senatus placito Thesaurus (1), a quo non dissentit Osascus, tradens Senatum consuevisse in caussa appellationis admittere ad probandum articulos, sive capitula producta in prima instantia, dummodo super illis non fuerint testes auditi, et publicati; (sed in prima tantum appellatione, non in secunda, nisi ex caussa, et servata forma decreti (2)), vel si sententia lata fuerit super jurejurando praestito ex decreto judicis in defectum probationum (3).

(1) *Thesaur. decis.* 259. *num.* 5. ✠, *et in alleg. litt.* A ✠, *Ab-Eccles. obser.* 85. *num.* 8., *et* 9. ✠

(2) *Osasc. decis.* 14. *in fin.* ✠, *Thesaur. d. litt.* A ✠

(3) *Thesaur. quaest. forens. lib.* 4. *quaest. ult. num.* 6., *et* 7. ✠

§. 1054.

Diversi tamen casus sunt, in quibus vulgo tradunt pragmatici, etiam post apertas, et publicatas testationes adhuc audiri posse testes in eodem judicio (§. 1050.): puta si in priore interrogatione solemnitates praetermissae fuerint, atque ideo testationes nullae sint (1): quo casu sentit Faber, testes ex integro audiendos esse (2), ne metu perjurii nihil aliud priori depositioni addere velint; ex Thesauro autem possunt testes se referre ad primam depositionem, cum ita certa satis fiat nova testatio (3).

(1) *Thesaur. decis.* 28. *num.* 1., *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *in princip.*, *Ab-Eccles. observat.* 86. *per tot.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. defin.* 47. *in princip.*

(3) *Thesaur. decis.* 28. *num.* 1.

§. 1055.

Quaesitum in Senatu fuit, utrum in hoc casu repeti, seu interrogari tantum debeant testes prius auditi, an etiam alii audiri possint. Atque placuit, etiam alios testes audiri posse (1); semel enim ac priores testationes nullius roboris sunt, nec ullum parere debent effectum, perinde ac si nunquam secutae fuissent: quod enim nullum est, ex trito axiomate nullos parit effectus (2).

(1) *Thesaur. d. decis.* 28. *num.* 2. ✠, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 47. *allegat.* 3.

(2) *L. Si filius* 7. *ff. de liber., et posthum.* (28. 2.)

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 20.

§. 1056.

Possunt quoque post publicatas testationes audiri testes, si adversarius consentiat (1), cujus favore lex haec posita est (§. 1050.), cui proinde volenti injuria non fit: si aliqua de novo instrumenta reperta sint, quorum concomitantia, ut ajunt, faciat, ut novae testationes minus suspectae videri possint (2): si ille, qui testes iterum audiri postulat, juret, testationibus licet publicatis, se nec vidisse, nec didicisse, quae illis continentur; atque modicum tempus, nec longius decem dierum intercesserit, ut probabile sit didicita non fuisse testificata (3): subjicit quidem Faber, actum fuisse in postremo casu de statu, ac capite defuncti, et de caussa pupillorum, quae singularem favorem meretur (4). Sed alibi idem servandum ex placito Senatus tradit, nec tamen de statu defuncti, aut impuberibus agebatur (5).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 5. *num.* 8., *Ab-Eccles. observ.* 79. *num.* 22., *et seqq.*

(2) *Fab. d. defin.* 5. *num.* 9.

(3) *Fab. cod. hoc tit. defin.* 32. *in princ.*, *et alleg.* 1. ✠

(4) *Fab. d. defin.* 32. *in fin.*

(5) *Fab. cod. hoc tit. defin.* 43. *num.* 4., *et seqq.*

§. 1057.

Hinc, potiori ratione, sola judicis interlocutoria sententia de aperiendis testationum tabulis non impedit, quominus novi testes super iisdem articulis producantur, si modo vere apertae non sint (1); lex enim de didicitis testificatis loquitur (§. 1050.); didicita autem esse nequeunt, nisi tabulae apertae fuerint, et publicatae testationes. Quare nec jusjurandum ullum purgationis, de quo supra diximus (§. 1047.), necessarium in hoc casu est, cum jure communi utatur, qui testes producit (d. §. 1047.)

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 21. *in princip.*

§. 1058.

Diximus, novos testes, apertis licet testationibus, produci posse super iisdem, vel contrariis articulis, si producens juret, se testificata non didicisse, dummodo longius decemdio tempus non praeterierit (§. 1056.); sed si longius temporis intervallum effluxerit, tradit Faber, concludenti alia probatione opus esse; puta si actuarius juret, servatas semper apud se fuisse testationum tabulas; nec unquam adversario editas (1): quia in primo casu ignorantia probabilis appareat, non in secundo, in quo proinde periculosum sit, rem jurejurando committere adversarii, eumque judicem in sua caussa facere (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *d. defin.* 43. *num.* 8., *et seqq.*

(2) *L. Actori* 8. *cod. de reb. credit.* (4. 1.)

§. 1059.

Notandum est, quod addit Faber, si adversarius non tantum post publicatas testationes, sed etiam postquam exceptae, et scriptae fuerint, novos articulos dictare velit, ad quos refutandos cogatur alter, qui jam ex parte sua testationes protulit, novas allegationes, et probationes quaerere, adversarii sumptibus id fieri debere (1); cum ejus facto novis sumptibus opus sit ad ea probanda, quae eodem tempore, iisdemque impensis expediri potuissent: proinde damnum ipse sentire debet, non alter (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *d. defin.* 43. *num.* 10., *et* 11.

(2) *L. Quod quis* 203. *ff de reg. jur.*

§. 1060.

Alii praeterea casus passim referuntur, quibus licet, post didicita testificata, novos testes producere, veluti si testes pro alterutro tantummodo litigantium auditi fuerint, et is testationibus, quacumque de caussa, uti nolit (1) (quod tamen jure nostro vix licet, cum testium depositiones utrique parti prosint, nisi testium persona reprobata

Inst. l. 4. tit. 6. ff. l. 22. tit. 5. Cod. l. 4. tit. 70.

fuerit (2); sicuti nec licet, si nulla facta sit in actis protestatio; quia ex tunc testationes sunt communes, non secus ac communia fiunt alia litis acta (3)); quamvis prius eas produxerit apud acta, si deinceps mutet sententiam (4); sibi imputet, cur testationes inutiles fiant (5).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 50. *in princip.*

(2) *Reg. Constitut. lib.* 3. *tit.* 18. §. 18.

(3) *Fab. cod. hoc tit. d. definit.* 50. *allegat.* 3.

(4) *Fab. d. defin.* 50. *in fin.*

(5) *D. l. Quod quis* 203. *ff. de reg. jur.*

§. 1061.

Nova quoque admittitur productio testium post apertas testationes, atque didicita testificata, si agatur de probando notorio, idest aliquid notorium esse (1); cum notorium probari opus non sit, sed sufficiat allegare (§. 794.); quia metus subornationis nullus hic est; adeoque lex, cessante illius ratione, cessat (2). Sunt, qui excipiunt caussas matrimoniales, atque nituntur rescripto Clementis II.; verum summus Pontifex agere videtur de casu, quo testationes publicatae non sint (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 15. *d. defin.* 50. *allegat.* 2., *Ab-Eccles. observat.* 55. *num. ult.* ✠

(2) *L. Quod dictum* 32. *ff. de pact.* (2. 14.), *l. Adigere* 6. §. *Quamvis nulla* 2. *ff. de jur. patronat.* (37. 14.)

(3) *Cap. Series* 26. *extra Decret. Greg. de testib., et attestationib.* (2. 20.)

§. 1062.

Potius indulgendum judici, ut ex officio, si justa aliqua adsit caussa, decernere possit novam testium interrogationem (1), cum testes a judice ex officio interrogati subornationis suspecti non sint (§. 991.): atque generatim receptum, ut, cessante subornationis periculo, quod judicis est definire, vel si justam excusationis caussam habeat, qui testes post didicita testificata audiri petit, puta quod antea impeditus fuerit, a stricta juris regula (§. 1050.) recedi possit (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 15. *defin.* 5. *in fin., Ab-Eccles. observat.* 96. *num. ult.* ✠

(2) *V. Fab. cod. hoc tit. d. defin.* 5. *num.* 7., *defin.* 50. *allegat.* 2., *et defin.* 62.

§. 1063.

Recipi quoque possunt testes super iisdem capitulis, post publicatas testationes in judiciis criminalibus (1), et produci tum ab inquisitore, seu procuratore fiscali ad rei accusationem, tum a reo ad defensionem propriam (2); si modo agatur de poena corporali, non pecuniaria (3). Immo putavit Senatus, posse a judice, licet adsit accusator, testes post apertas testationes ad offensam interrogari; quia publice interest delicta puniri (4).

(1) *Thesaur. decis.* 262. *num.* 1. ✠

(2) *Thesaur. ibid. num.* 2., *et* 3.

(3) *Thesaur. ibid. num.* 3., *et* 4. *in fin.* ✠

(4) *Thesaur. ibid. num. ult.* ✠

§. 1064.

Peracta testium productione testationes, ut ex hactenus dictis constat, publicantur (1): ante publicationem nec judici, nec scribae licet eas adversae parti communicare sub poena suspensionis ab officio per annum (2). Sed satis de testibus, eorumque testationibus: aliae probationum species expendendae sunt, videlicet quae ex jurejurando, vel partis confessione eruuntur.

(1) *Novell.* 90. *cap. Quia vero* 4. *in med., Ab-Eccles. observat.* 82. *per tot.*

(2) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 18. §. 9.

TITULUS XXI.

ff. l. 12. tit. 2 Cod. l. 4. tit. 1.

De jurejurando.

Digest. lib. 12. tit. 2. *De jurejur.*
Cod. lib. 4. tit. 1. *De reb. cred., et jurejurand.*

SUMMARIA.

Probatio, quae ex jurejurando, vel confessione elicitur, extraordinaria est. §. 1065.
Quae sint de jurejurando tractanda? §. 1066.

§. 1065.

De probatione ordinaria, quae instrumentis fit, vel testium depositione, hactenus egimus; nunc de extraordinaria juxta divisionem superius propositam (§. 796.), quae ex jurejurando, vel confessione elicitur, tractandum est; atque imprimis de jurejurando dicimus, quia tum in Pandectis, tum in codice argumentum hoc primo loco relatum fuit.

§. 1066.

Haec sunt de jurejurando sigillatim expendenda. 1. Quid sit, et quotuplex. 2. An, et quibus conditionibus jurare liceat. 3. Qui jurare possint. 4. Qui possint jusjurandum adversario deferre. 5. Quibus in casibus. 6. An delatum jusjurandum necessario suscipiendum sit, an recusari aliquando possit.

CAPUT I.

Quid sit jusjurandum, et quotuplex, et qui jurare possint.

SUMMARIA.

Jusjurandum est invocatio Divini Nominis in testimonium veritatis. §. 1067.
Jusjurandum non est, si creatura in testem invocetur, nisi juretur per creaturam, quatenus in eo elucet imago creatoris. §. 1068.
Christiani jurant, vel tactis sacrosanctis Evangeliis, cum de rebus gravioribus agitur, vel simpliciter in caussis levioribus. §. 1069.
Jusjurandum multipliciter dividi solet. §. 1070.
Quid sit jusjurandum assertorium, quale promissorium? §. 1071.
Quo differant jusjurandum judiciale, vel extrajudiciale, solemne, et simplex? §. 1072.
Jusjurandum necessarium illud est, quod a judice defertur testibus, et litigantibus: voluntarium, quod una pars alteri defert. §. 1073.
Quale sit jusjurandum suppletorium, seu suppletivum, quale purgatorium, seu purgationis? §. 1074.
Quid sit jusjurandum calumniae, malitiae, appellationis, et perhorrescentiae? §. 1075.
Jusjurandum in litem generatim est illud, quo aliquis rem suam, aut sibi debitam aestimat. Duplex est, veritatis, vel affectionis. §. 1076.
Jusjurandum decisivum dicitur, quod in judicio praestatur ab uno ex litigantibus, altero instante, ut judex secundum illud sententiam ferat. §. 1077.
Jusjurandum licitum est, dummodo requisitae serventur conditiones. §. 1078.
Jurisjurandi conditiones tres sunt, nimirum veritas, judicium, et justitia. §. 1079., et 1080.
Jurare possunt, naturali jure inspecto, qui rationis usum habent, atque jurisjurandi gravitatem satis intelligunt. §. 1081.

ff. l. 12. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 1.

An quis jurare possit per procuratorem speciali mandato instructum? §. 1082. *et* 1083.
Quae sit in hac re municipalis juris sententia? §. 1084.
Universitas admittitur ad jusjurandum; sed jurare debent illi, qui negotii magis conscii sunt. §. 1085.

§. 1067.

Jusjurandum ab ethnicis dictum, quasi Jovis jurandum, prout aliqui existimant, juramentum quoque, sed minus proprio latino sermone, definiri potest, *Invocatio Divini Nominis in testimonium veritatis.* Invocatio dicitur, seu actus, quo Deus, prima veritas, vocatur tamquam testis eorum, quae dicuntur, vel promittuntur. Deus autem in jurejurando vocatur in testimonium, seu testem veritatis; nisi Deus vocetur in testem, jusjurandum non est; nimirum, si quis tantum affirmet, ita Deo cognita esse, quae ait, quemadmodum ab ipso proferuntur, his, aut similibus verbis, *Deus scit ita esse, coram Deo loquor:* quamquam sine gravi caussa ab hisce loquendi modis abstinendum est, ne sanctissimum Dei Nomen invanum assumatur: *Non assumes*, ait per Moysem Deus ipse, *Nomen Domini Dei tui in vanum, nec enim habebit insontem Dominus eum, qui assumpserit nomen Domini Dei sui frustra* (1).

(1) *Exodi cap.* 20. *versic.* 7.

§. 1068.

Jusjurandum dicimus invocationem Dei, seu Divini Nominis (§. praeced.), atque hinc patet, jusjurandum proprie, et stricte non esse, si creatura quaecumque in testem assertorum invocetur: licite tamen juratur per creaturas, quatenus in illis elucet imago creatoris (1). Romani non tantum directo per Deum jurabant, sed et indirecte per salutem, per venerationem Principis, per salutem suam, aut suorum, atque ratum habebatur hujusmodi jusjurandum, si modo ita delatum fuisset (2); quasi per Deum juratum sit (3); quatenus ita jurans salvam sibi a Deo salutem precatur, uti vera loquitur. Atque hinc Imperatores Arcadius, et Honorius decernunt, ut ad exemplum eorum, qui recesserunt a transactione jurata, *quam invocato Dei omnipotentis Nomine, eoque auctore solidarunt, illi quoque puniantur, qui salutem Principum confirmationem initarum juraverint esse pactionum* (4). Plane jusjurandum improbatae religionis pro non praestito habendum esse censuit Ulpianus (5).

(1) *S. Thomas* 2. 2. *quaestion.* 89. *artic.* 6.
(2) *L. Ait praetor* 3. §. *ult.*, *l.* 4., *et* 5. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Qui per salutem* 33. *ff. hoc titul.*
(4) *L. Si quis major* 41. *cod. de transact.* (2. 4.)
(5) *D. l. Non erit* 4. §. *Sed si quis illicitum* 3. *ff. hoc tit.*

§. 1069.

Ex jure, quod Justinianus induxit, Christiani jurant, vel tactis sacrosanctis Evangeliis, cum de rebus gravioris momenti agitur (1), vel simpliciter in caussis levioribus (2): quod et jure nostro firmatum est (3): atque simul cautum, et deferens jusjurandum in caussa, quae librarum quadringentarum quantitatem, aut valorem excedat, formulam illius exhibere debeat, ut adversarius deliberet, an ita jurare velit (4).

(1) *Novell.* 124. *cap.* 1.
(2) *D. Novell.* 124. *cap. Si quis autem* 2., *Novell.* 74. *cap. Quoniam* 5.
(3) *V. Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 14. §. 4., 5., *et* 6.
(4) *Reg. Constit. ibid.* §. 1.

§. 1070.

Jusjurandum multipliciter dividi solet. 1. Ab objecto, ut ajunt philosophi, dividitur in assertorium, et promissorium. 2. A modo, in solemne, et minus solemne, etiam dividi potest in judiciale, et extrajudiciale. 3. A caussa, in necessarium, et voluntarium. Postremo a fine, et re, quae jurejurando continetur, in suppletorium, purgatorium, calumniae, malitiae, appellationis, perhorrescentiae, in litem, et decisorium.

§. 1071.

ff. l. 12. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 1.

Jurisjurandum assertorium illud est, quo Deus vocatur in testem alicujus facti plerumque praeteriti, vel praesentis: veluti si quis juret se pecuniam mutuam non accepisse a Titio, aut solvisse acceptam: vel si quis neget rem, quae ab adversario petitur, non possidere. Promissorium futura respiciens illud est, quo quis sub invocatione Divini Nominis spondet, se quid facturum, vel omissurum: atque ad hoc pertinet jusjurandum judicum, advocatorum, aliorumque publica munera suspicientium (1), cautiones quoque juratoriae, quae in legibus praescribuntur, vel in locum fidejussoris admittuntur, de quibus supra diximus (2).

(1) *L. Cum et judices 2. cod. de jurejurand. propt. calumn.* (2. 59.)

(2) *V. supra tit. XVI. de satisdationibus.*

§. 1072.

Jusjurandum judiciale est invocatio Divini Nominis facta coram judice, vel alia publica persona publicum munus sustinente ad firmandam veritatem ejus, quod asseritur, vel promittitur: extrajudiciale, quod privatim fit. Judiciale potissimum aliud est solemne, quod praestatur solemni quadam forma tactis sacrosanctis Evangeliis (1), accensis cereis, adhibitis etiam imprecationibus, si verum non sit, quod jurejurando affirmatur (2). Simplex vero, seu minus solemne jusjurandum nullas requirit solemnitates, et sola Dei in testimonium invocatione perficitur (3).

(1) *D. Novell.* 124. §. 1., *d. l. Cum et judices 2. cod. de jurejurand. propt. calumn.* (2. 59.)

(2) *V. Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 14. §. 4.

(3) *Reg. Constit. ibid.* §. 6.

§. 1073.

Non consentiunt interpretes in definitione jurisjurandi voluntarii, et necessarii, diversis diversa opinantibus. Sed congruentius sentire videntur, qui jusjurandum necessarium dicunt, quod a judice defertur, non tantum testibus, qui de re aliqua testimonium perhibituri sunt (§. 1008.), sed et litigantibus, vel in supplementum probationis, vel ut quis se liberet, seu purget ab indiciis, quibus gravatur: voluntarium vero, quod una pars alteri defert.

§. 1074.

Ex modo dictis patet, quale sit jusjurandum suppletorium, seu suppletivum, quale purgatorium, seu purgationis. Primum est, quod praestat ad perficiendam probationem, qui semiplene intentionem suam probavit, puta per unicum testem (§. 1041.). Purgatorium vero, quod et purgativum, vel purgationis jusjurandum appellatur, illud est, quod judex praestari mandat ab eo, qui aliquibus indiciis gravatur, ut ab illis se liberet, puta tutore, qui bona pupilli administravit, cum omnino non constat, reliqua apud ipsum ex administratione non superesse.

§. 1075.

Jusjurandum *calumniae* illud est, quo actor affirmat, se dolo malo litem non instituere, nec temere esse protracturum, reus vero se ex justa caussa reluctari (1): *malitiae*, quo quis promittit, se veritatem in casu proprio dicturum. *Appellationis*, quo asserit, sententiam, a qua provocavit, sibi injustam videri. Si alteruter ex litigantibus per invocationem Divini Nominis affirmet, se metuere, ne judex contra jus pronunciet, ab aliquibus *perhorrescentiae* jusjurandum praestare dicitur.

(1) *D. l. Cum et judices 2. cod. de jurejurand. propter calumn.* (2. 59.)

§. 1076.

Jusjurandum *in litem* generatim est illud, quo aliquis rem suam, aut sibi debitam aestimat, vel consentiente adversario, vel eo invito, qui tamen dolo, vel culpa rem nolit exhibere, vel restituere, aut solvere (1): atque hoc *veritatis* est, vel *affectionis.*

ff. l. 12. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 1.

Jusjurandum in litem veritatis est illud, quo res aestimatur, quanti vere est ex communi hominum aestimatione, seu quanti vere interest actoris: affectionis vero jusjurandum, quod dumtaxat ob dolum adversarii permittitur, illud dicitur, quo res in judicium deducta ab actore aestimatur ultra verum rei pretium pro singulari in rem affectione (2). De hoc jurejurando alibi diximus (3).

(1) *L. Sive nostrum* 2. *princip.* §. 1.; *et passim ff. de in litem jurand.* (12. 3.)
(2) *L.* 1., *l. Tutor* 8. *ff. eod. tit.*
(3) *V. Tom. II. pag.* 280. §. 1081., *et seqq.*

§. 1077.

Addi his potest jusjurandum, quod pragmatici vocant litis decisorium, seu decisivum, seu quod in judicio praestatur ab uno ex litigantibus, altero instante, atque eo communi consilio, ut judex secundum illud sententiam ferat. Jusjurandum *recitare* idem est ac jurare: *deferre* jusjurandum est petere, ut alter juret: qui autem petit, ut jusjurandum praestet, qui detulit, jusjurandum *referre* dicitur.

§. 1078.

Licitum esse jusjurandum, dummodo requisitae serventur conditiones apud omnes orthodoxos constat; cum a Deo ipso probatum sit, ejusque modus demonstratus. *Jurabis*, ait Jeremias, *vivit Dominus in veritate, et in judicio, et in justitia* (1): Apostolus Paulus eo usus est: *Testis est mihi Deus*, ait ad Romanos scribens (2): et ad Corinthios, *Testem Deum invoco in animam meam* (3): atque ideo Ecclesia jusjurandum probat, et tuetur, dummodo de re licita sit (4). Quod autem ait Christus apud Matthaeum, *Ego autem dico vobis, non jurare omnino* (5), et in S. Jacobi epistola, *Nolite jurare neque per coelum, neque per terram, neque per aliud quodcumque juramentum* (6), ex Patrum, et Ecclesiae doctrina tantum pertinent ad improbandam jurisjurandi facilitatem, atque temeritatem.

(1) *Jeremiae cap.* 4. *Versu* 2.
(2) *Epistola ad Roman. cap.* 1. *Versu* 9.
(3) *Epistola* 2. *ad Corinth. cap.* 1. *Versu* 23.
(4) *C. Cum contingat.* 28. *extra Decret. Greg. de jurejurand.* (2. 24.)
(5) *Matthaei cap.* 5. *Versu* 34.
(6) *Epistola S. Jacobi cap.* 5. *Versu* 12.

§. 1079.

Jurisjurandi conditiones tres numerantur, quae continentur in commemorato Jeremiae textu (§. praec.): nimirum veritas, judicium, et justitia. Ad jurisjurandi veritatem requiritur, ut jurans certo, et prudenter credat rem ita esse, prout praestito jurejurando affirmat: quare perjurus non est, qui falsum asserit, sed quod prudenter verum esse credit: contra perjurii reus est, qui verum dicit, sed contra conscientiam, sive putans aliter esse, quam juravit: nec non qui interrogatus de scientia propria, prout fit in testibus (§. 1011.), jurat de illis, quae ex auditu tantum comperta habet, quippe judicem fallit. Pejurus quidem stricte dici nequit, qui verum dicit, quod ita credit ex levibus conjecturis, gravis tamen delicti reus, utpote quia perjurii periculo se exponit.

§. 1080.

Altera jurisjurandi conditio in eo est, ut cum judicio fiat (§. 1078.), nimirum nonnisi ex necessitate, vel magna utilitate (1); alioquin sacrosanctum Dei nomen in vanum assumi videtur, quod non licet (§. 1067.). Postrema jurisjurandi justitia requirit, ut de rebus tantum honestis, et licitis juretur. Si jurijurando desit veritas, perjurium plerumque est: defectu autem judicii, vel justitiae gravius, vel levius crimen esse potest propter divini Nominis contemptum majorem, vel minorem.

(1) *Qui ergo habet pro se instrumentum, deferri ei non potest jusjurandum, quia satis probata est ipsius intentio.*

ff. l. 12. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 1.

§. 1081.

Jurare possunt, naturali jure inspecto, qui rationis usum habent, atque jurisjurandi gravitatem satis intelligunt: ideoque etiam impuberes: quia tamen infirmum est pupillorum judicium, recte placuit civilibus legumlatoribus, parum fidere horum juratae assertioni, ita ut pupillus perjurare non videatur, quia nec sciens fallere videtur (1): furiosi saue jurisjurandi capaces non sunt, atque his aequiparantur prodigi, quorum nulla esse voluntas intelligitur (2).

(1) *L. Qui jurasse* 26. *in princip. ff. hoc tit.*
(2) *L. Furiosi* 40. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1082.

Disputant interpretes, et pragmatici, an quis jurare possit per procuratorem speciali mandato instructum. Quidam negant, nisi dominus justissime impeditus sit, ne coram judice se sistat (1). Affirmant congruentius alii (2), prout jure civili satis aperte traditur (3), et jure canonico firmatum est in jurejurando calumniae (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 31.
(2) *Voet in Pandect. hoc tit. num.* 1., *Ab-Eccles. part.* 1. *observat.* 62.
(3) *L. Nam postquam* 9. §. *penult. ff. hoc tit.*
(4) *Cap. ult. extra Decr. Greg. de jurament. calum.* (2. 7.)

§. 1083.

Neque nocet, quod traditur, unumquemque de suo facto jurare debere, non de alieno, nec haeredem quidem de facto defuncti (1); etenim procurator non suo nomine, aut in animam suam, sed alieno, et in mandantis animam jurat; ita ut nec ullam perjurii poenam metuere debeat ipse, sed mandans, cujus nomine, et periculo juravit. Quod autem ait Justinianus, inducias absenti, cui delatum sit jusjurandum, dari debere, intra quas juraturus accedat (1), eo pertinet, ne quis per procuratorem jurare compellatur, non vero, ne si ita malit, repellatur: si singulares quosdam casus excipiamus (3); vel nisi judex ex gravi caussa ita decernat.

(1) *L. Marcellus* 11. §. *Jurare* 2. *ff. de action. rer. amotar.* (25. 1.), *l. Videamus* 4. *ff. de in litem jurand.* (12. 3.)
(2) *L. penult.* §. *His de praesentibus* 4. *cod. hoc tit.*
(3) *L. Quoties* 21. §. *Si tutor* 5. *ff. de noxalib. actionib.* (9. 4.)

§. 1084.

Hisce juris civilis, et canonici regulis congruit municipalis sanctio; qua imprimis cautum, ut si absit pars, cui delatum est jusjurandum, conveniens temporis spatium ei indulgeatur, intra quod judicio se sistere possit (1); tum praescribitur, ut jusjurandum sub provocatione divinae vindictae in casum mendacii praestandum (2), ab ipso, cui delatum, vel relatum fuit, omnino praestari debeat, non per procuratorem, speciali licet mandato instructum (3): unde sequitur, jusjurandum minus solemne per procuratorem recte praestari.

(1) *Reg. Constitut. lib.* 3. *tit.* 14. §. 10.
(2) *Illius formula exhibetur ibid.* §. 4.
(3) *Reg. Constit. ibid.* §. 18.

§. 1085.

Etiam universitas, quae suam intentionem sive agendo, sive excipiendo semiplene tantum probavit, audienda est, scite ait Faber, si admitti velit ad jusjurandum (1); postquam in foro receptum est, ut jusjurandum in supplementum probationis admittatur (2): sed jurare debent illi ex universitate, qui negotii magis conscii sunt, potissimum si illud prius tractaverint; licet tunc res universitatis non administrent (3); cum de re agatur, quae scientiam potius requirit, quam singulare officium.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 40. *in princip.*

ff. l. 12. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 1.

(2) Argum. l. Admittendi 3. ff. hoc tit.
(3) Fab. d. defin. 40. in med.

CAPUT II.

Qui possint jusjurandum deferre, quibus deferri possit, et quibus in casibus.

SUMMARIA.

Jusjurandum in judicio deferre generatim possunt omnes, qui liberam rerum suarum administrationem habent. Quid de pupillis, prodigis, minoribus? §. 1086.

Tutores, et curatores jusjurandum adversario deferre possunt, nec non procuratores potissimum speciali mandato instructi. Quid de defensoribus, et administratoribus universitatum? §. 1087.

Unus ex cohaeredibus non potest deferre jusjurandum adversario, nisi cohaeredes expresse consentiant. Quid de matre, quae jusjurandum deferre velit nomine impuberum filiorum, quorum tutelam gerit, cum alii puberes sint? §. 1088.

Jusjurandum deferre nequeunt, qui semel delatum revocarunt. Quid de objiciente exceptionem non numeratae pecuniae post biennium, vel de eo, cui jusjurandum referri nequit, aut jusjurandum semel praestare recusavit? §. 1089.

An infames adversarium cogere possint, ut juret, vel jusjurandum referat? §. 1090.

Senator, qui suspectus allegetur, cogi non potest, ut jurejurando se purget. Quid de judicibus inferioribus? §. 1091.

An jusjurandum suppletivum solo judicis officio deferri possit? Quid de purgatorio? §. 1092.

Jusjurandum omnibus deferri potest cujuscumque sexus, et aetatis. Quid de Clericis, et Episcopis? §. 1093.

Haeres juste recusare potest jusjurandum sibi delatum de facto defuncti, non vero si ipse agat. An jusjurandum scientiae decisorium sit? §. 1094.

Nec tutor, nec curator de re pupilli, an minoris jurare tenentur? Possunt tamen. Quid si jusjurandum ipsis referatur, vel de iis, quae sciunt, interrogentur? §. 1095.

Jusjurandum deferri potest in omnibus caussis civilibus etiam infamantibus. §. 1096.

In popularibus quoque actionibus locum habet jurisjurandi delatio: atque etiam utrum nuptiae, vel sponsalia contracta fuerint, et an mulier praegnans sit, nec ne. §. 1097.

In criminalibus caussis, quae corporalem coercitionem saltem gravem habent, nec purgationis, nec suppletivum jusjurandum admittitur. §. 1098.

Judex, qui in caussis criminalibus pecuniam accepisse dicatur, jurare tenetur, quod neque per se, neque per aliam personam accepit, aut promissionem habuit. §. 1099.

Suppletorium jusjurandum non defertur actori, nisi semiplene probaverit. §. 1100.

Testis unicus semiplenam probationem aeque solemniter non facit, ac duo plenam. §. 1101.

Jusjurandum deferri potest, licet adsint aliae probationes, non tamen ab eo, qui exclusus est ab omni probationum genere. Quid si nullae sint probationes editae? §. 1102.

Jusjurandum post litem contestatam usque ad sententiam deferri potest, licet ulteriori probationum productioni fuerit renunciatum, saltem ope restitutionis in integrum. §. 1103., et 1104.

Delatio juris jurandi post alias tentatas probationes non interdicitur, nisi jam delatum fuerit, et postea revocatum. §. 1105.

Jurisjurandi oblatio permittitur post conclusum in caussa, et postquam testes producti ab actore interrogati fuerunt, et nihil probarunt. §. 1106.

An jurisjurandi oblatio permitti debeat actori, qui per testes intentionem suam probaverit, si reus velit contrarium probare. §. 1107., et 1108.

Jurisjurandi delatio post perperam tentatas alias probationes, conclusum in caussa, et publicatas testationes difficilius admittitur. §. 1109. ff. l. 12. tit. 2.

Jusjurandum suppletorium regulariter praestandum est eodem temporis momento, quo testationes producuntur. §. 1110. Cod. l. 4. tit. 1.

Quinam sint casus, in quibus jusjurandum suppletorium non permittitur? §. 1111., et 1112.

§. 1086.

Jusjurandum in judicio deferre generatim possunt omnes, qui liberam rerum suarum administrationem habent, nisi lege prohibeantur: adeoque domini aetate majores; cum his liceat probationis modum eligere non secus ac de rebus suis pro arbitrio disponere. Liberae administrationis defectu non competit jurisjurandi delatio pupillis sine tutoris auctoritate (1); nec prodigis sine consensu curatoris (2); idem est de minoribus curatorem habentibus; quippequi prodigis comparantur (3): si autem curatore destituti sint, ex caussa laesionis restitui possunt (4).

(1) *L. Jusjurandum* 17. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Tutor* 35. §. 1. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Si curatorem* 3. *cod. de in integrum restitution.* (2. 22.)

(4) *D. l.* 3., *l. Nam postquam* 9. §. *Si minor* 4. *ff. hoc tit.*

§. 1087.

Tutores, et curatores sive minoribus, furiosis, aut prodigis dati sint, jusjurandum adversario deferre possunt (1), si aliae probationes deficiant (2); saltem si lis sit de rebus, quas tutor sine decreto alienare potest (3); alioquin requiri videtur praevium judicis decretum, quo delatio jurisjurandi praevia caussae cognitione tutori permittatur; prout in transactione (4), cujus vicem obtinet jusjurandum (5). Procuratores ex speciali mandato jusjurandum deferre, aut referre possunt, vel si liberam bonorum omnium administrationem habeant (§. 381.), aut in rem suam procuratores constituti sint (6). Defensores quoque universitatum, magistri collegiorum, et societatum mandato speciali ad hoc opus habent (7).

(1) *L. Jusjurandum* 17. §. *Si tutor* 2. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Tutor* 35. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 20. *in princip.*

(3) *Argum. d. l.* 17. §. 2. *ff. hoc tit.*

(4) *L. Non solum* 4. *cod. de praed.*, *et aliis reb. minor. etc.* (5. 71.)

(5) *L. Jusjurandum* 2. *ff. hoc tit.*

(6) *L. Jusjurandum* 17. §. *ult.*, *et ll. seqq. ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 38. *in corp.*, *et allegat.*, *Reg. Constitut. lib.* 3. *tit.* 14. §. 17., *ubi tamen solius specialis mandati mentio fit*

(7) *L. Jusjurandum* 34. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1088.

Unus ex cohaeredibus, si Fabro credimus, jusjurandum adversario deferre volens non est audiendus, licet de rato cautionem offerat, nisi cohaeredes expresse consentiant; ratione addita, quia periculum imminet, ne perjurium detegatur, si forte contrarias probationes afferant, qui jusjurandum non detulerunt (1): atque idem ex rationis identitate tradit de matre, quae jusjurandum deferre velit nomine impuberum filiorum, quorum tutelam gerit, si alii puberes filii sint, qui non consentiant (2): nimirum ille, cui jusjurandum defertur, jurare quidem potest, si velit, sed non cogitur, quia per hoc jusjurandum non consequitur jus suum: cum salvae sint caeteris contrariae probationes.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 21. *in princip.*

(2) *Fab. d. defin.* 21. *num.* 2.

§. 1089.

Quidam praeterea sunt, qui legibus prohibentur, ne jusjurandum deferant, seu ne cogere possint adversarium ad jurandum, vel jusjurandum referendum; veluti qui

ff. l. 12. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 1.

delatum prius jusjurandum revocarunt, aliis probationibus uti malentes (1), voluntatem in adversarii dispendium rursus mutare nequeunt; nisi Principis beneficio in integrum restituantur. Neque jusjurandum deferre potest ille, qui lapso biennio pecuniae non numeratae exceptione utitur (2): et generatim illi, quibus jusjurandum referri nequit, ne ex persona sua deterior fiat conditio adversarii (3). Qui semel recusavit jusjurandum decisivum, amplius ad deferendum jusjurandum, vel jurandum admittitur (4), nisi caussa agatur in secundo judicio (5).

(1) *L. Si quis jusjurandum* 11. *cod. hoc tit., Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 14. §. 16.

(2) *L. In contractibus* 14. §. *Illo* 3. *cod. de non numerat. pecun.* (4. 30.)

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 9. *num.* 4.

(4) *L. Non erit* 5. §. *ult. ff. hoc tit.*

(5) *Argum. l. Furti* 6. §. 1. *ff. de his qui notant. infam.* (3. 2.)

§. 1090.

Utrum infames adversarium cogere possint, ut juret, vel jusjurandum referat, non omnino certum est; cum nulla specialis lex de hoc casu lata appareat: vulgo tamen interpretes facultatem hanc infami denegant (1); quia nemo deferre possit jusjurandum, nisi et ipsi tuto referatur (2); tute autem non refertur infami, qui et facile pejeraturus merito timetur; maxime quia infamiam ex perjurio irrogandam vix amplius metuere praesumitur (3).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 8. *in fin., Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 17.

(2) *Fab. cod. hoc tit. def.* 9. *num.* 4.

(3) *Argum. l. Si quis injuriam* 35. *ff. de injur.* (47. 10.)

§. 1091.

Si Senatorem suspectum quis asserat, atque suspicionis caussas probare jussus, Senatoris jurijurando rem committat, non ideo cogitur jurare Senator, licet deferens, nullas se alias habere probationes alleget; Senatoriae dignitati non convenit, ut arbitrio alterius jurare teneatur, vel jusjurandum referre (1). Aliud observatur in judicibus inferioribus, quorum non eadem privilegii ratio est, sicut nec eadem dignitas (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 9. *in princip., Argum. l. Constitutio* 16. *cod. de testib.* (4. 20.)

(2) *Fab. d. defin.* 9. *in fin.*

§. 1092.

Jusjurandum suppletivum actori, vel reo, qui semiplene probavit, solo judicis officio deferri non posse, sed petenti dumtaxat deferendum esse, tradit Faber (1); nec enim quisque facile praesumitur jurare velle propter periculum perjurii, si juret; vel suspicionem calumniae, si jurare detrectet (2). Purgatorium utique judex ex officio deferre potest (3); cum non tam ad probandum, quam ad excludendam doli suspicionem praestetur (4). Non desunt tamen, qui putant, suppletorii eandem esse in hac re caussam, ac purgatorii (5).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 8. *in princip.*

(2) *L. Manifestae* 38. *ff. hoc tit.*

(3) *Fab. d. def.* 8. *in fin., Ab-Eccles. part.* 1. *observat.* 72., *num.* 14., *et* 22. ✠, *ubi tradit, a judice deferri posse, etiam parte nihil probante.*

(4) *L. Quoties dominus* 21. §. *Praetor ait* 2. *ff. de noxalib. actionib.* (9. 4.)

(5) *Voet in ff. hoc tit. num.* 27., *Brunneman. in ff. hoc tit. ad l. Admonendi* 31. *num.* 4.

§. 1093.

Deferri potest jusjurandum omnibus cujuscumque sexus, immo et aetatis, idest etiam impuberibus (1), exceptis antiquo jure clericis (2), et potissimum Episcopis (3): defensori quoque, et procuratori (4); sibi imputet ille, qui jusjurandum hisce personis

ff. l. 12. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 1.

detulit (5). Potest, inquam, deferri hisce personis jusjurandum, ita ut actio, vel exceptio jurisjurandi inde competat pupillo, mulieri, domino; quia jusjurandum omnino servandum est (6): non vero jurare coguntur, aut jusjurandum referre pupilli, defensores, aut procuratores, quia infirmum nimis est pupilli judicium, alios vero excusat probabilis facti alieni ignorantia (7). Sane procurator jurans utilem ex juris Romani subtilitate (8), non directam actionem domino quaerit (9).

(1) *L. Qui jurasse* 26. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Cum clericis* 25. §. 1. *cod. de Episcop., et cleric.* (1. 3.), *V. Perez. in cod. hoc tit. num.* 18.

(3) *Auth. Sed judex, post* l. *Nec honore* 7. *cod. eod. tit.*

(4) *L. Nam postquam* 9. §. *Jusjurandum* 6. *ff. hoc tit.*

(5) *D. l.* 26. *in princ. ff. hoc tit.*

(6) *D. l.* 9. §. 6., *d. l.* 26. *ff. hoc titul.*

(7) *L. Jusjurandum* 34. §. 2., *et* 3. *ff. hoc tit*

(8) *D. l.* 9. §. 6. *ff. hoc tit.*

(9) *Non solum* 39. §. 1. *ff. de procurat.* (3. 3.)

§. 1094.

Haeres quoque justam habet caussam recusandi jusjurandum sibi delatum de facto defuncti, quod probabiliter ignorat (1), utique si conveniatur: si vero ipse agat, perperam allegaret ignorantiam, cum non ante debeat ad agendum procedere, inquit scite Gajus, quam rem diligenter exploraverit (2). Plane nihil impedit, quominus haeredi deferatur jusjurandum, ut prodat, quod de facto defuncti novit, vel ut quivis alius juret de alieno facto, prout illud compertum habere potest (3): quod tamen litis decisorium per se non est, ideoque contrarias probationes admittit: nisi ut tale deferatur (4).

(1) *L. Qui in alterius* 42. *ff. de reg. jur.*

(2) *D. l.* 42. *in fin.*

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 19., *Thesaur. lib.* 4. *quaest.* 5. *num. ult.* ✠, *ubi frater defuncti ad jurandum admissus fuit.*

(4) *Cum jurans non deponat de rei veritate, sed credulitate.*

§. 1095.

Eadem, ac haeredis, conditio est tutoris, et curatoris: nimirum nec tutor, nec curator de re pupilli, aut minoris jurare tenentur; possunt tamen, si malint, in utilitatem pupillorum, vel minorum (1): quinimmo cogendus uterque videtur jurare de eo, quod compertum habet haeredis exemplo (2); quemadmodum receptum est, ut iis referri possit jusjurandum ab eo, cui illud detulerint (3); sibi imputent, cur jusjurandum detulerint, ex quo referendi potestas fit adversario (4).

(1) *L. Videamus* 4. *ff. de in lit. jurand.* (12. 3.)

(2) *V.* §. *praeced.*

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 2. *num.* 1., *et seqq.*

(4) *L. Jusjurandum* 34. §. *Datur autem* 7. *ff. hoc tit.*

§. 1096.

Sequitur disputatio de caussis, et casibus, quibus jusjurandum deferri potest: hic autem generalis traditur regula, jusjurandum deferri posse in omnibus caussis civilibus, realibus, personalibus, aut mixtis, sive rei persecutoriis, sive poenalibus (1); atque in ipsis etiam caussis infamantibus, veluti furti, bonorum raptorum, et injuriarum, si civiliter agatur ad id, quod interest (2).

(1) *L. Ait praetor* 3. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si duo* 13. §. *Idem Julianus* 2., *l. In duobus* 28. §. *Si quis juraverit* 5., *et seqq. ff. hoc tit.*

ff. l. 12. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 1.

§. 1097.

In popularibus quoque actionibus locum habet jurisjurandi delatio (1): nec non in quaestione, utrum nuptiae, vel sponsalia contracta fuerint (2); et an mulier praegnans sit, nec ne; non quidem, ut partui noceatur, sed ut ventris nomine in possessionem mittatur mulier, si se praegnantem praestito jurejurando affirmet, vel possessio ei denegetur, si praegnantem non esse juret alter, vel neget, eam ex defuncto marito praegnantem esse (3).

(1) *L. Eum, qui* 30. §. *In popularibus* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *Argum. d. l. Manifestae* 38. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Ait praetor* 3. §. *Unde Marcellus* 3. *ff. hoc tit.*

§. 1098.

In criminalibus caussis, quae corporalem coercitionem, saltem gravem, habent, nec purgationis ob metum perjurii, nec suppletivum jusjurandum admittitur (1); extraordinarium hunc probandi modum (§. 796.) in criminibus recipi aequum non videtur; quia tutius est, nocentem absolvi, quam innocentem damnari (2). Si tamen leve crimen sit, et pecuniaria tantum poena coerceatur, reo concedendum est, ut suppletivum jusjurandum deferat alteri, si alias innocentiae probationes non habeat (3): nec adversarius justum habet conquerendi fundamentum, cum judex in sua caussa constituatur (4): nisi alias habeat, et proferat probationes; neque enim jurare cogitur, qui probare alio modo potest, et vult, sicuti nec super positione turpi, et famosa, puta quod usuras omni lege prohibitas acceperit (5).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 1. def. 43. in princip.*

(2) *L. Absentem* 5. *ff. de poen.* (48. 19.)

(3) *Fab. d. definit.* 43. *num.* 1., *et seqq.*

(4) *L.* 1. *quar. rerum actio non det.* (44. 5.)

(5) *Fab. d. defin.* 43. *in fin., et allegat. ult.* ✠

§. 1099.

Quinimmo jure Romano cautum invenitur, ut judex, qui in caussis criminalibus pecuniam accepisse dicatur, quo probato exilii poenam, et bonorum publicationem patitur, jurare teneatur, *quod neque per se, neque per aliam personam accepit, aut promissionem habuit* (1). Sed hujus juris singularis ratio quoque singularis est, quia nempe judices in muneris ingressu jurare coguntur, se nihil accepturos nec tempore administrationis, nec post depositum officium (2).

(1) *Auth. Novo jure post l.* 1. *cod. de poena judic., qui male judicav.* (7. 49.)

(2) *L. ult. in med. cod. ad leg. Juliam repetundar.* (9. 27.)

§. 1100.

Suppletorium jusjurandum non defertur actori, seu actor non admittitur ad hoc jusjurandum; nisi semiplene probaverit, puta per unum testem, qui tamen sit omni exceptione major (1), et deponat per sensum visus (§. 1041.): adeoque cujus testimonium nulla contraria praesumptione infirmetur (2): quare, si actor duos testes producat, quorum unus dicat se vidisse, vel audivisse, quod per visum, vel auditum probari debet; atque in eam rem nominet alium contestem, qui neget se id vidisse, vel dicat se non adfuisse, suppletorium jusjurandum minime actori permittendum censet Faber (3); quia suspectus videtur testis, qui allegat contestem, quem non habet.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 1. defin. 18. in princip., et defin.* 30., *V. Osasc. decis.* 96., *ubi, probato debito, super quantitate statur jurijurando creditoris.*

(2) *Argum. l. Testium fides* 3. *ff. de testib.* (22. 5.)

(3) *Fab. d. definit.* 18. *num.* 2., *et seqq.*

§. 1101.

Neque nocet, quod vulgo receptum est, ut testis unicus semiplenam probationem faciat (§. 1041.), quemadmodum duo faciunt plenam; non enim aeque receptum, ut

unus tectis tam solemniter probet semiplene, quam duo ad plenam sufficiunt: atque ideo, licet duo testes ex tribus ab actore productis plene probent, si contestes sint, quin tertii defectus obstet, non tamen idem dicendum sequitur de proposito casu (§. praeced.); cum ex quadam aequitate potius, quam ex juris ratione unius testis omni etiam exceptione majoris depositio semiplene probet (1). Hinc probans per unum testem, adjecto jurejurando suppletivo, expensas non consequitur, sed compensantur, quia imperfecte probasse videtur: nisi tamen adversarius nihil omnino praestiterit, et jurans plusquam semiplene probaverit (2).

ff. l. 12. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 1.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *d. def.* 18. *num.* 4., *et seqq.*
(2) *Thesaur. decis.* 236. *num.* 2., *et* 3. ✠

§. 1102.

Jusjurandum decisivum deferri posse, licet adsint aliae probationes, quibus tamen renunciatum intelligitur, si deferatur, atque praestetur, apud nos certum est (1); quemadmodum et licet post electam viam probandi per testes ad jusjurandum convolare, atque illud adversario deferre (2): sed exclusum ab omni probationum genere, si jusjurandum deferre velit, audiendum non esse, tradit Faber (3), tum quia et haec probationis species sit, et quidem fortissima, atque efficacissima (4); tum quia obstare videatur constitutio Justiniani (5), quam tamen alii aliter interpretantur, ut infra dicemus, de jurisjurandi revocatione agentes. Plane ex communiori sententia permittitur decisivi jurisjurandi delatio, licet nullae adsint probationes, immo nec praesumptiones (6); cum adversarius in propria caussa judex constituatur (7).

(1) *Reg. Constitut. lib.* 3. *tit.* 14. §. 13.
(2) *Osasc. decis.* 97.
(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 23.
(4) *L. Si duo* 13. §. *Idem Julianus* 2. *ff. hoc tit.*
(5) *L. Si quis jusjurandum* 11. *cod. hoc tit.*
(6) *Ab-Eccles. observat.* 68. *num.* 9., *Osasc. decis.* 97. *num.* 10.
(7) *L.* 1. *ff. quar. rer. act. non det.* (44. 5.)

§. 1103.

Hinc dubitari potest, utrum post litem contestatam usque ad sententiam liceat deferre jusjurandum, si ulteriori probationum productioni fuerit renunciatum. Affirmat Voet, qui idem licere putat etiam post publicatas testationes, atque didicita testificata, saltem ope restitutionis, quae facile sit concedenda (1), sequentibus fundamentis. 1. Quia nulla appareat ratio, cur non liceat in progressu litis, quod initio licebat; initio autem poterat actor, vel reus, qui probationes sibi deesse timeret, jusjurandum adversario deferre.

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. numer.* 11., *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 28. *allegat. ult.* ✠

§. 1104.

Neque nocet, quod modo diximus, exclusum ab omni probationum a jurejurando quoque deferendo exclusum censeri (§. praeced.); etenim, praeterquamquod per beneficium restitutionis recuperatur jus renunciatione amissum, qui renunciavit, si proprie, et stricte loquamur, exclusus non est, sed obice, quem ipsemet posuit, impeditus: cum autem renunciatio stricte interpretanda sit (1), atque inter arctiores limites, quoad patiuntur verba, atque intentio contrahentium, coercenda, probabiliter defendi potest, renunciantem probationibus non cogitasse de extraordinaria, quae fit per jusjurandum (§. 796.); et quae ex adversarii judicio pendet (2); qui idcirco vix justam habet conquerendi caussam.

(1) *L. Cum Aquiliana* 5. *ff. transactionibus* (2. 15.)
(2) *L.* 1. *ff. quar. rer. act. non det.* (44. 5.)

ff. l. 12. tit. 2 Cod. l. 4. tit. 1.

§. 1105.

Praeterea, inquit laudatus Voet (1), jurisjurandi delatio post alias tentatas probationes non interdicitur, nisi jam delatum fuerit, et postea revocatum, ne ex nimia variandi facilitate nullus sit litium finis (2). Sententia haec suas, atque graves patitur difficultates, aequitate tamen eatenus nititur, quatenus adversarius in sua caussa judex constituitur (§. praeced.); adeoque gravem non videtur habere conquerendi caussam, maxime quia probationes adjuvandae sunt potius, quam restringendae (3), ut quisque, quod suum est, consequatur. Sunt utique, qui aegre admodum meticulosi jurant; sed liberum ipsis est jusjurandum adversario referre (4), saltem cum agitur de jurejurando suppletivo: cujus propterea delatio permittenda facilius est, quam purgativi.

(1) *Voet in ff. hoc tit. d. num. 11. in fin.*
(2) *L. Si quis jusjurandum 11. cod. hoc tit.*
(3) *L. Generaliter 12. cod. hoc tit.*
(4) *L. Manifestae 38. ff. hoc tit.*

§. 1106.

Hinc ex Thesauro jurisjurandi oblatio post conclusum in caussa, et postquam testes producti ab actore interrogati fuerunt, et nihil probarunt, regulariter admittitur (1). Sed gravis difficultas est, utrum jurisjurandi delatio permitti debeat actori, qui per testes probaverit intentionem suam, si reus velit contrarium probare: species nimirum fingenda est, qua actor dubitet, ne probationes ab ipso editae subvertantur per testes rei; atque ideo, omissis hisce ambagibus, petat, ut reus ipse juret, vel jusjurandum referat.

(1) *Thesaur. decis.* 93. *num.* 1. ✠, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 28. *in princ., qui tamen in fine a Thesauro dissentit, quemadmodum et in allegat. ult. definit.* 27.

§. 1107.

Pro actore facit duplex ratio. 1. Quia actori, quantum fieri potest, favendum est, in probationum caussa (1), ne alioquin non juris, sed probationis defectu damnum sentiat. 2. Quia reus juste conqueri non potest, cur ipsi jusjurandum deferatur, cum judex constituatur in propria caussa; atque jusjurandum referre potest, si jurare ipse nolit (§. 1105.). Pro reo allegabatur ratio aequalitatis servandae inter ipsum, et actorem; ita ut, sicuti actori data fuit facultas testes producendi, ita et reo eadem concedi debeat: tum et actori obest, quod ab initio non detulerit jusjurandum reo, atque velit illud deferre, cum periculum est detegendi perjurii, si forte reus aliter juret, quam testes deposuerint; ex quo difficultas oriri potest, utrum testium dictis, an jurijurando standum sit.

(1) *L. Generaliter 12. cod. hoc tit.*

§. 1108.

Senatus in hisce rerum adjunctis mediam quandam viam, aequitate prae oculis habita, amplexus est: atque censuit, testium ab actore productorum depositiones ab uno ex patribus legendas, atque expendendas esse; ita ut, si pro actore satis probent, amplius jurandum non sit; utique vero jurijurando locus fieret, si non satis probarent (1).

(1) *Thesaur. d. decis.* 93. *in fin.* ✠ *V. Osasc. decis.* 11., *ubi Senatus censuit, reum in hoc cusu a jurisjurandi praestatione eximendum.*

§. 1109.

Jurisjurandi delatio post perperam tentatas alias probationes, licet jam conclusum sit in caussa, regulariter admittitur (§. 1106.): saltem si testificata nondum didiscita sint (§. praeced.). Sed si testationes jam publicatae sint, difficilius permittenda est jurisjurandi decisorii delatio (1), prout modo innuimus (§. praeced.); atque probant rationes superius allatae (§. 1107.): sibi imputet, qui sero nimis sibi prospicit.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *d. defin.* 28. *num.* 1.

§. 1110.

ff. l. 12. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 1.

Facilius permittitur delatio jurisjurandi, quod suppletorium vocant, seu quod defertur in supplementum minus plenae probationis; regulariter utique praestandum est eodem temporis momento, quo testationes producuntur, ut probationes perficiantur eo tempore, quo incipit quaeri, an per testationes producentis intentio probata sit; quia tamen probationes coangustandae non sunt (1); nec ullus subest metus subornationis, qui solus impedit, ne post didiscita testificata novi testes admittantur (§. 1050.); nec demum deterior esse debet conditio ejus, qui forte ab initio jusjurandum sibi deferri non petiit, quod veritatis conscius testium fidei, integritati, et memoriae confideret, idcirco sentit Faber, etiam post apertas testationes jusjurandum hoc peti, et admitti posse (2).

(1) *L. Generaliter* 12. *cod. hoc tit.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 21.

§. 1111.

Plures tamen casus sunt, in quibus jusjurandum suppletorium non permittitur: puta si verosimile non sit id, super quo postulatur; si ille, qui jurare vult, probetur perjurus, falsarius, vel graviore aliqua labe infectus, aut infamis, aut talis, ut pejeraturus merito timeatur; aut de caussis gravioris momenti quaestio sit, puta matrimonialibus, beneficialibus, vel criminalibus (1); in quibus idcirco graviores probationes requiri solent (§. 800.); vix est, ut probatio minus plena in hisce casibus ex jurejurando plena fiat (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 44. *in princip.*

(2) *Argum. l. Testium fides* 3. *ff. de testib.* (22. 5.)

§. 1112.

Idem dicendum, si is, qui semiplene probavit, probabiliter ignoret veritatem: si probatio semiplena non omnino concludens sit, puta quia elicita ex confessione tertii, cujus quoque interest, potissimum pendente lite (1), vel per praesumptionem contrariam elidatur, aut praesumptio sit adversus eum, qui unius dumtaxat testis depositioni nititur, puta si allegetur solutio egregiae quantitatis facta ab eo, quem imparem esse constat (2); his, et similibus casibus iniquum videtur quem cogere, ut sinat adversarium in propria caussa judicem ex parte fieri; cum et in suppletorio jurejurando ex propria assertione adversarius vincat (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 42.

(2) *Fab. cod. hoc tit. d. defin.* 44. *num.* 8., *et seqq.*

(3) *L.* 1. *ff. quar. rer. actio non detur* (44. 5.)

CAPUT III.

An jusjurandum ab adversario delatum suscipi debeat, an recusari possit.

SUMMARIA.

Jusjurandum delatum plerumque suscipi, vel referri debet, dummodo vaga non sit delatio. An deferens de calumnia jurare teneatur? §. 1113.

Jusjurandum a judice delatum in caussis dubiis omnino praestandum est ab eo, cui judex detulit, nec referri potest. §. 1114., *et* 1115.

An jusjurandum suppletorium referri possit? §. 1116.

Caussa dubia est, sive utrinque probatio plena sit, sive semiplena ex una tantum parte. §. 1117., *et* 1118.

Appellare potest a sententia, qui condemnatus fuit, vel quia jurare noluit, ju-

ff. l. 12. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 1.

dice licet deferente, vel adversus quem ab adversario ex judicis delatione juratum fuit. §. 1119.

Qui detulit jusjurandum, si ei relatum sit, et jurare nolit, caussa cadit. §. 1120.

Delatum jusjurandum referre potest procurator, dummodo speciale mandatum habeat. §. 1121.

Tutores, et curatores jusjurandum relatum recusare non possunt. §. 1122.

Quinam sint casus, quibus jusjurandum referri non potest? §. 1123.

Quid si adversarius jurare velit de facto, quod antiquius sit decennio? §. 1124.

Jusjurandum delatum an referri possit; si ex abundanti delatum fuerit? §. 1125.

Quid si is, qui jurare, aut jusjurandum referre damnatus fuerat, decesserit, antequam jurasset, aut jusjurandum retulisset? §. 1126.

An pro praestito habeatur, vel pro relato jusjurandum, si decesserit is, cui delatum, vel relatum fuerat, non declarata jurandi voluntate, nec contracta mora? §. 1127.

Jusjurandum ab eo delatum, qui deferendi jus non habet, nec suscipere, nec referre quis cogitur. §. 1128.

Jusjurandum deferri non potest ei, qui intentionem, vel exceptionem suam plene jam probaverit. §. 1129.

Nec deferri potest jusjurandum, si in promptu probationes habeat is, cum quo contenditur, licet illae nondum editae sint. §. 1130.

Delatum jusjurandum nec statim suscipiendum est, nec statim referendum, si justa aliqua caussa moram expostulet. §. 1131.

Qui excipit, se ad jurandum non teneri, exceptionem hanc apud nos omnino objicere tenetur intra primam dilationem. §. 1132.

Qui semel noluit jurare, nec jusjurandum referre, non potest, adversario invito, rursus ad illud confugere. §. 1133.

Jusjurandum delatum, et acceptatum nondum tamen praestitum revocari potest, etiam in ipso procinctu jurandi. §. 1134.

Procurator sine speciali mandato delatum jusjurandum revocare non potest. An referens revocare possit? §. 1135.

Jusjurandum a judice probatum, etiamsi revocatum fuerit, tamen apud eundem judicem praestari potest, non obstante appellatione. §. 1136.

§. 1113.

Delatum ab adversario jusjurandum regulariter praestandum est, dummodo certa sit, non vaga, et anceps oblatio, vel referendum; pro confesso habetur, qui nec jurare vult, nec jusjurandum referre (1), sive actor sit, sive reus (2). Romanis quidem legibus jusjurandum deferens de calumnia prius jurare ipse cogebatur (3): sed municipali sanctione necessitas remissa fuit (4).

(1) *L. Generaliter* 12. §. 1. *cod. hoc tit., L. Manifestae* 38. *ff. hoc tit.*

(2) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 14. §. 8., *et* 9.

(3) *L. Jusjurandum* 34. §. *Qui jusjurandum* 4. *ff. hoc tit., Thesaur. lib.* 1. *quaest.* 40., *Ab-Eccl. part.* 1. *observat.* 60., *et* 61.

(4) *Reg. Constit. ibid.* §. 12.

§. 1114.

Dicimus, delatum ab adversario jusjurandum plerumque recusari non posse, sed suscipiendum esse, vel referendum (§. praeced.): sed si a judice deferatur, prout solent judices deferre in caussis dubiis (1), vel ut quis se purget a suspicionibus, quibus gravatur: vel etiam, ut quibusdam placet (§. 1092.) ad supplendas minus plenas probationes actionis, aut exceptionis, illud omnino praestandum ab eo, cui judex detulit; nec referri posse, sentit post alios Voet (2); cum enim judex secundum eum, qui juravit, pronunciare debeat, atque jusjurandum hoc a judice delatum probationis

instar sit (3), consequens videtur, condemnandum esse eum, qui jurare detrectaverit. ff. l. 22. til. 5. Cod. l. 4. til. 20.

(1) *L. Admonendi* 31. *ff. hoc tit.*
(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 30.
(3) *L. Sed si possessori* 11. §. 1., *et* 2. *ff. hoc tit.*

§. 1115.

Neque hanc sententiam evertit Justinianus (1); licet enim generatim tradere videatur, jusjurandum omne etiam a judice delatum referri posse, subjuncta tamen ratio, nec non aequitas demonstrat, definitionem hanc coercendam ad jusjurandum ab adversario delatum: ait Justinianus, ferendum non esse eum, qui ad appellationis remedium venire velit in his, quae ipse procuravit (2): procurasse autem dici nequit adversarius jusjurandum, quod judex ipse ex officio detulit: atque, ut taceam, referri tantum posse jusjurandum deferenti, qui nullus est in hac specie: quomodo admitti potest jurisjurandi purgatorii relatio, ita ut unus litigans jurare teneatur, penes alterum, puta, esse litis instrumenta, vel reliqua ex administratione?

(1) *L. Generaliter* 12. §. 1. *cod. hoc tit.*
(2) *D. L.* 12. §. 1. *in fin.*

§. 1116.

Facilius quidem concipitur relatio jurisjurandi suppletivi a judice delati ei, qui semiplene intentionem suam probavit; cum immo alter litigans, cujus odio semiplena probatio facta fuit, conqueri non possit, cum judex in propria caussa constituatur (1) ab adversario, cujus melior conditio est: atque ideo plures, nec immerito, sentiunt, posse in hoc casu jusjurandum referri propter generalia Pauli (2), et potissimum Justiniani verba, qui immo aperte innuit, jusjurandum a judice delatum referri posse (3).

(1) *L.* 1. *ff. quar. rer. actio non det.* (44. 5.)
(2) *L. Manifestae* 38. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Generaliter* 12. §. 1. *cod. hoc tit.*

§. 1117.

Quae autem dubiae sint caussae, in quibus ex Gajo solent judices, exacto jurejurando, secundum eum judicare, qui juraverit (1), non omnino consentiunt interpretes: rectius tamen sentiunt, qui dubiam caussam esse dicunt, sive utrinque probatio plena sit, sive ex una tantum parte semiplene probatum fuerit (2); tum quia in utroque casu vero dubius fit judicis animus; tum quia receptum in jure est, probationem, quae per se minus efficax est, ex aliis adminiculis plenam fieri (3), ut supra diximus (§. 801.). Hinc generatim rescripserunt Imperatores, *inopia probationum per judicem jurejurando caussa cognita, res decidi oportet* (4).

(1) *D. l. Admonendi* 31. *ff. hoc tit.*
(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 28. *Vinnius selectar. quaest. lib.* 1. *cap.* 44.
(3) *Argum. l. Instrumenta* 5., *seq. cod. de probat.* (4. 19.)
(4) *L. In bonae fidei* 3. *cod. hoc tit.*

§. 1118.

Caussa igitur, si aliquibus credimus, toties dubia est, seu inopia est probationum, quoties vel ab initio probationes sufficientes non sunt, vel cum initio sufficerent, ex aliis adductis in contrarium aeque firmis priores infirmantur: veluti si actor instrumento doceat, se centum mutua tali die dedisse Titio, Titius autem alio aeque authentico instrumento demonstret, se alibi ea die fuisse (1): atque ideo judex jusjurandum deferre potest (2). An vero actori, an reo jusjurandum deferri debeat, judicis est aestimare, singulis rerum, et personarum adjunctis pensatis (3).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 28. *post med.*
(2) *D. l. In bonae fidei* 3. *cod. hoc tit.*, *l. Admonendi* 31. *ff. hoc tit.*
(3) *Voet in ff. hoc tit. num.* 29.

ff. l. 12. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 1.

§. 1119.

Caeterum fatentur omnes, posse eum, qui condemnatus fuit, vel quia jurare noluit, judice licet deferente, vel adversus quem ab adversario ex judicis delatione juratum fuit, a sententia appellare (1); nec enim jusjurandum adversarii, cui non consensit, transactionis speciem habet, qua impediatur, ne caussa retractetur, prout in hoc jurejurando retractari conceditur ex novis instrumentis (2). Probatio per jusjurandum utpote extraordinaria (§. 796.), atque in subsidium dumtaxat admissa, ordinariis probationibus cedit.

(1) *L. Generaliter* 12. §. *Sin autem* 2. *cod. hoc tit.*, *V. Osasc. decis.* 61., *ubi et appellari posse tradit in jurejurando relato.*

(2) *L. Admonendi* 31. *ff. hoc tit.*

§. 1120.

Is, cui delatum fuit ab adversario jusjurandum, potest vel jurare, vel jusjurandum deferenti referre (§. 1113.); sed qui detulit, si referatur, relatum recusare non potest, neque si potuerit ab initio recusare is, cui delatum fuit (1); tum quia, ut scite ait Ulpianus, displicere non debet conditio jurisjurandi ei, qui detulit; proinde si jurare nolit, caussa cadere aequum est (2); tum quia suadet aequitas, ut, quod quisque juris in alterum statuit, eodem ipse utatur (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 39.

(2) *L. Jusjurandum* 34. §. *Datur* 7., *et ult. ff. hoc tit.*

(3) *L.* 1., *et passim ff. quod quisque jur.* (2. 2.)

§. 1121.

Delatum jusjurandum referre potest procurator, dummodo speciale mandatum habeat (1); vel si in rem suam procurator sit; cum hic domini potius loco esse intelligatur (§. 384.): quinimmo videtur sufficere mandatum generale cum libera administrandi potestate, nisi lex municipalis obstet; prout sufficit ad delationem jurisjurandi (§. 1087.), cum eadem utriusque ratio sit.

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 14. §. 17., *ubi et adjicitur, cautionem de rato non sufficere.*

§. 1122.

Quod diximus (§. 1114.), relatum jusjurandum recusari non posse, locum habet etiam in tutoribus, curatoribus, qui in caussis impuberum, vel minorum illud detulerint (1); cum enim sciant, vel scire debeant, ex delatione sequi posse jurisjurandi relationem, sibi imputare debent, cum in hanc se necessitatem conjecerint: jurant utique de eo, quod ipsi sciunt de re pupilli, prout supra diximus in jurejurando ipsis delato (§. 1087.)

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 20. *num.* 3.

§. 1123.

Casus tamen sunt, quibus jusjurandum referri non potest: puta si delatum sit jusjurandum filiofamilias, vel servo (1): si ille, cui jusjurandum delatum fuit, solus, vel melius perspectum habeat negotium, de quo controversia est: puta si delatum fuerit jusjurandum mulieri, quae dicatur res amovisse (2), vel furi (3).

(1) *L. Si servus* 23., *et l. sequ. ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *definit.* 1. *num.* 5.

(2) *L. Marcellus* 11. §. *ult.*, *l. Ideo* 13. *ff. de action. rer. amotar.* (25. 2.)

(3) *L. Non magis* 12. *ff. eod. tit.*, *Fab. cod. hoc tit. d. def.* 9. *num.* 6. *et* 7.

§. 1124.

Sed quid, si dicat adversarius se nolle jurare de facto, quod antiquius sit decennio, et cujus memoriam excidisse facile idcirco praesumi possit? Justam quidem habet non jurandi caussam; si tamen referre nolit, solvere tenetur; quia sufficit, tale esse factum, de quo jurari possit, licet justa adsit non jurandi caussa (1): placuit tamen, subjicit

Faber, hoc temperamentum, ut si jurare nolit is, cui jusjurandum defertur, quia dicat se immemorem, nec referre velit, deferens jusjurandum purgationis praestet (2); cujus tamen minor vis est, quam decisorii: utpotequod admittit probationem in contrarium (3). ff. l. 12. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 1.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *definit.* 9. *allegat.* 3. *in princip.*
(2) *Fab. d. def.* 9. *alleg.* 3. *in fin.* ✠
(3) *L. Admonendi* 31. *ff. hoc tit.*

§. 1125.

Neque delatum jusjurandum referri potest, si Fabro credimus, sed omnino praestandum est, cum ex abundanti delatum fuit, videlicet ab eo, quem ex litis actis, atque instrumentis constat plene probasse; quia non sinit aequitas, ut jurate cogatur is, cujus jus in aperto est; et qui forte caussa cadere mallet, quam jurare, justo meticulosus (1). Alii tamen contrarium, nec sine fundamento, sentiunt; est enim, quod sibi imputet, cur velit jusjurandum perperam deferre adversario (2), qui fortassis aeque meticulosus est. Plane, si juraverit adversarius, jurijurando standum est (3): sibi imputet, qui judicem adversarium facit, cum ordinariis probationibus sibi consulere posset.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *titul.* 1. *def.* 26. *in princip.*
(2) *L. Si quis* 11. *cod. hoc tit.*
(3) *L. Si non fuerit* 37. *ff. hoc tit., Fab. d. def.* 26. *in fin.*

§. 1126.

Si is, qui jurare, aut jusjurandum referre damnatus fuerat, decesserit, antequam jurasset, aut jusjurandum retulisset, an pro praestito, vel relato habendum sit, distingui debet. Si jurare, adversario deferente, paratus fuit, nec per eum stetit, quominus juraret, perinde habendus est, ac si jurasset (1); aut saltem permittendum est haeredi, ut juret de eo, quod compertum habet (2): sed si mora imputari ei possit, jusjurandum pro relato haberi debet, non pro praestito (3), ne ex mora sua deterior fiat conditio adversarii (4).

(1) *Argum. l. Jure civili* 24. *ff. de condit., et demonstrat.* (35. 1.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 14.
(2) *Fab. cod. hoc tit. definit.* 32. *in princip.*
(3) *Argum. d. l.* 24. *ff. de condit. etc., Fab. d. def.* 32. *num.* 2., *et seq., et cod. eod. tit. defin.* 15.
(4) *L. Non debet* 74. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1127.

Quid ergo dicendum, si decesserit is, cui delatum fuerat, vel relatum jusjurandum, nec declarata jurandi voluntate, nec contracta mora? Neque pro praestito habebitur, nec pro relato (1); nullum nec expressae, nec tacitae, aut praesumptae voluntatis fundamentum est: adeoque nec praestitum, nec relatum jusjurandum videri potest: quare ad alias probationum species confugiendum erit: atque idem dicendum, si post moram contractam judex aliquid interlocutus sit, quo mora videri possit purgata, puta pronunciaverit, clarius proponendum ab eo, qui jurari vellet, de qua re jurari debeat; nec ab hac interlocutione appellatum sit (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *d. defin.* 32. *in fin.*
(2) *Fab. cod. hoc tit. defin.* 33.

§. 1128.

Justae quoque sunt caussae, atque a legibus probatae, propter quas jusjurandum delatum nec suscipiendum est, nec referendum: atque ut praetermittam casum, quo deferens de calumnia jurare nolit (1), quod apud nos minime servari supra monuimus (§. 1113.), nec suscipi, nec referri debet jusjurandum delatum ab eo, qui deferendi jus non habet, puta a furioso, prodigo (§. 1086.), vel procuratore sine speciali mandato (§. 1087.); vel ab eo, qui nec judicium suscipere cogitur in loco, in quo jusjurandum ei defertur (2).

ff. l. 12. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 1.

(1) *L. Jusjurandum* 34. §. *Qui jusjurandum* 4. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Tutor* 35. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1129.

Praeterea, cum jusjurandum extraordinarius sit probandi modus (§. 796.), qui ideo non nisi deficientibus (1) aliis probationibus locum habet, inde inferunt aliqui, illud deferri non posse ei, qui intentionem, vel exceptionem suam plene jam probaverit (2); si enim praestetur ab eo, cui delatum est, majus pondus plenis probationibus addere non potest, adeoque perperam impellitur ad actum, quem forte praestare nimio ductus religionis metu pertimescit: perperam quoque referretur, cum ordinariis probationibus non praevaleat: atque ideo contraria consuetudo ab Alexandro III. reprobatur (3).

(1) *Deficere autem videntur, sive nullae suppetant, sive haberi possint, sed iis uti nolit, qui jusjurandum refert* §. 1102.
(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 15. *fere in princip.*
(3) *Cap. Sicut* 2. *extra Decret. Greg. de probat.* (2. 19.)

§. 1130.

Idem dicendum, licet probationes nondum editae sint, in promptu tamen eas habeat ille, cui jusjurandum defertur; ut enim scite animadvertit Faber, turpitudinis (1) argui non potest, qui religione Divini Nominis motus jurare non velit, cum nulla urget jurisjurandi necessitas (§. 1080.), nec adversarium periculo evidentis perjurii committere (2): quo etiam fundamento receptum, ut delatum jusjurandum revocari possit (3): de qua re infra dicemus.

(1) *De qua in l. Manifestae* 38. *ff. hoc tit.*
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 3. *in princip.*
(3) *Fab. d. defin.* 3. *num.* 4., *et seqq.*

§. 1131.

Interdum quoque accidit, ut delatum jusjurandum nec statim suscipiendum sit, nec statim referendum; videlicet si is, cui defertur, aliquid probare velit, puta compensandi jus, quo probato, condemnari debeat is, qui jusjurandum detulit, tametsi maxime verum sit id, de quo jurandum proponitur (1), puta mutui datio, perperam invocaretur Deus in testem, quod non licet (§. 1080.). Aliquando tamen ambo litigantes jurare debent (quamvis ambo vincere nequeant), si invicem sibi deferunt jusjurandum, non quidem super eodem, sed super diversis articulis (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 45.
(2) *Fab. cod. d. defin.* 45. *allegat.* 2. ✠

§. 1132.

Jure, quo utimur, cautum proinde est, ut si quis excipere velit, se ad jurandum non teneri; exceptionem hanc omnino objicere teneatur intra primam dilationem (1): quae quidem objectio sumptibus objicientis definienda praescribitur intra dies octo; quibus praeterlapsis ad praestandum jusjurandum obstrictus intelligitur is, cui delatum fuit, nisi acta litis penes caussae relatorem, aut judicem sint, nec illi possit dilatio imputari (2). Modica sane dilatio danda est illi, cui jusjurandum defertur, ut deliberet, an jurare debeat, nec ne (3).

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 14. §. 19.
(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 15.
(3) *L. Jusjurandum* 34. *in princip. ff. hoc tit.*

§. 1133.

Si delatum jusjurandum quis nec suscipere, nec referre velit, justam recusandi caussam se habere putans, a judice tamen condemnetur, superest illi remedium appellationis (§. 1119.), quo adversus sententiam judicis sibi prospiciat (1): non tamen licet ei, qui semel jurare, vel jusjurandum referre detrectavit, mutato consilio ad illud

transire, invito adversario (2): modum dirimendae litis, quem semel contempsit, rursus amplecti non potest. ff. l. 12. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 1.

(1) *L. Generaliter* 12. §. *Sin autem* 2. *cod. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 35.

(2) *L. Non erit* 5. §. *ult. ff. hoc tit.*

§. 1134.

Caeterum omnes fere consentiunt, jusjurandum delatum, immo et acceptatum, nondum tamen praestitum revocari posse (1); etiam in ipso procinctu jurandi (2); dummodo nec dum coeptum sit; coeptum autem intelligitur, quando juraturus ad sacrosancta Evangelia manus admovit (3): cum hic probandi modus extraordinarius sit (§. 796.), facilius concedi debuit ejus retractatio; non solum deferenti, sed et illi, cui delatum fuit (4). Excipit Faber casum, quo jusjurandum malo animo delatum fuerit, nimirum ab eo, qui dixerit alias se habere probationes, sed jusjurandum deferre malle, ut periculum faciat conscientiae adversarii; in pravi consilii poenam deneganda ei est revocandi jurisjurandi facultas (5).

(1) *L. Si quis jusjurandum* 11. *cod. hoc tit., Thesaur. lib.* 1. *quaest.* 16. *per. tot., et Osasc. decis.* 8., *Ab-Eccles. part.* 1. *observat.* 71. *num.* 3., *et seqq.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 22.

(3) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 14. §. 2.

(4) *Argum. l. Remittit* 6. *ff. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. d. defin.* 22. *num.* 2.

(5) *Fab. cod. hoc tit. defin.* 29.

§. 1135.

Porro, quemadmodum in procuratore mandatum speciale requirimus, vel quod speciali aequipolleat, ut juret (§. 1082.), vel jusjurandum deferat (§. 1087.), aut referat (§. 1121.), ita et speciali mandato ad revocationem opus est (1): semel autem revocato jurejurando, non licet super eadem re illud denuo referre (2): sicuti nec referenti revocare permittitur, ut aliis probationibus utatur (3).

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 14. §. 17.

(2) *D. l. Si quis jusjurandum* 11. *cod. hoc tit., Reg. Constitut. ibid.* §. 16.

(3) *Reg. Constit. d.* §. 16. *in fin., Ab-Eccles. d. observat.* 71. *num.* 15., *et seqq.* ✠

§. 1136.

Unum hic postremo monemus cum Fabro: videlicet admissum a judice ad jurandum (1), vel in supplementum minus plenae probationis, vel ad purgationem, non obstante appellatione, apud eundem judicem jurare posse (2); ne forte probatio intercidat, si mora pendente decedat is, qui jurare debuit (3); ita tamen, ut nullum inde appellationi praejudicium fiat, nec ulla praestiti jurisjurandi ratio habeatur, si in judicio appellationis pronunciatum fuerit, non debuisse deferri (4). Sane jurandum est praesente adversario, vel saltem citato, et per contumaciam absente (5).

(1) *Si ab adversario admissus fuisset per delationem jurisjurandi, locus non fieret appellationi. L. Generaliter* 12. §. 1. *in fin. cod. hoc tit.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 6. *in princip.*

(3) *D. l.* 12. *fere in princip. codic. hoc tit.*

(4) *D. l.* 12. §. *Sin autem is in fine versic. Sin autem non rite, Fab. d. definit.* 6. *num.* 2.

(5) *D. l.* 12. §. *His de praesentibus* 4. *versic. Licentia danda, Fab. d. def.* 6. *in fin.*

ff. l. 12. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 1.

CAPUT IV.

De forma, vi, et interpretatione jurisjurandi.

SUMMARIA.

Jusjurandum ex praescripta a judice forma praestandum est. §. 1137.

Judex potest jurisjurandi oblatam a parte formam emendare. An sufficiat jurare per verbum credo, non recordor? §. 1138.

Jusjurandum simpliciter, et sine solemnitate delatum simpliciter praestare sufficit, nisi lex municipalis aliud statuat. §. 1139.

Quaenam sint solemnitates in jurejurando solemni apud nos praescriptae? An vocata parte praestandum sit? §. 1140., et 1141.

Jussus in uno loco jurare, qui postea obtinuit, ut juraret in alio, rursus in priore loco jurare potest, refusis tamen frustratoriis sumptibus. §. 1142.

Omissio solemnitatis levioris momenti jurijurando non officit, maxime si adversa pars non conqueratur. §. 1143.

Jusjurandum speciem transactionis continet, et majorem quodammodo habet auctoritatem, quam res judicata. §. 1144.

Actio, quae nascitur ex jurejurando, priores actiones non perimit. §. 1145.

Jurisjurandi exceptio competit reo, sive reali, sive personali actione conventus fuerit. §. 1146.

Qui adversarium suum jurare patitur censetur renunciasse omnibus exceptionibus, et allegationibus, quas objicere potuisset. Quid de appellatione? §. 1147.

Jusjurandum non solum vim habet transactionis, et judicati favore jurantis, sed etiam adversus eum, quatenus in jurejurando continetur ejus obligatio. §. 1148.

An hic locum habeat juris regula, ex qua res inter alios acta aliis nec nocet, nec prodest? §. 1149.

Jusjurandum prodest jurantibus, eorumque successoribus, non caeteris, nisi aliorum caussa connexa sit cum caussa jurantis. §. 1150.

An jusjurandum noceat duobus reis debendi, vel credendi, si unus juraverit? §. 1151.

Quid si unus ex pluribus reis debendi detulerit jusjurandum creditori, atque hic juraverit sibi deberi? §. 1152.

Jusjurandum praestari tantum debet de illis, de quibus delatum fuit: praestitum de aliis vim probationis non habet. §. 1153.

Jurisjurandi exceptio prodest, licet adversarius deinceps utatur alia actione ab ea, cujus nomine jusjurandum detulit; dummodo eadem exceptio in posterius judicium deducatur, et prior actio posteriorem consumat. §. 1154.

Jusjurandum decisorium ab adversario delatum, vel relatum, et praestitum amplius rescindi non potest. §. 1155.

Cur tanta sit jurisjurandi decisorii vis? §. 1156.

Jusjurandum dolo malo ab initio praestitum contra veritatem rescindi potest. §. 1157., et 1158.

Ex dolo superveniente jusjurandum decisorium Romano jure non retractatur. §. 1159.

Jusjurandum decisorium de re contenta in testamento, quam deinceps minime contineri apparet, vim non habet. Quid si convenerit, ut ex perjurio retractari possit? §. 1160.

Jusjurandum purgatorium contrarias probationes admittit. §. 1161.

Probationes quoque admittuntur adversus jusjurandum ultro praestitum a collitigante §. 1162.

Jusjurandum extra judicium delatum hodierno fori usu vix ullam vim habet. §. 1163. ff. l. 12. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 1.
Jusjurandum remissum ab eo, qui illud detulerat, vel retulerat, pro praestito habetur, dummodo adversarius jurare paratus esset. §. 1164.
Jusjurandum remittere an poss[illegible] *vel procurator?* §. 1165.
Perjuri apud Romanos extra ordinem puniebantur [illegible] *rilio, falsi poena, et infamia. Quid apud nos cautum sit?* §. 1166.
Poena ordinaria perjurii non afficitur, qui ad pejerandum quidem se se paratum professus est, sed tamen non juravit. Quid de eo, qui judici falsa respondet? §. 1167.
Quaenam sit vis jurisjurandi promissorii? An Clericus jurato possit renunciare fori privilegio? §. 1168.
Si justa aliqua singularis caussa suadeat, ne contractui per jusjurandum firmato stetur, jurisjurandi absolutio ab Episcopo, vel ejus vicario petenda est. An citandus sit adversarius? §. 1169.
Simulati, atque dolo extorti apud nos habentur contractus, quibus adjectum fuit jusjurandum. §. 1170.
Expensarum condemnationi non subjacet is, qui jusjurandum decisorium alteri detulit, vel retulit. Quid de suppletorio? §. 1171.

§. 1137.

Cum, ex trito apud pragmaticos axiomate, forma det esse rei (1), ea quoque in jurejurando servanda est; futurum alioquin, ut viribus careat actus, si in re gravi peccatum sit. Hic autem inspiciendum, utrum a judice, an a parte delatum fuerit: si judex illud detulerit, vel in supplementum probationis, vel ut alteruter ex litigantibus se purget ab indiciis, quibus gravatur, forma a judice praescripta omnino servanda est (2).

(1) *L. Cum hi quibus* 8. §. *Si praetor* 17. *ff. de transactionib.* (2. 15.)
(2) *Argum. l. Jusjurandum.* 34. §. *penult. ff. hoc tit.*

§. 1138.

Sed, si adversarius jusjurandum detulerit, judex non semper cogitur oblatam formam sequi, sed pro arbitrio, ex justa utique caussa, eam moderari potest (1): puta si superstitionem admixtam habeat delatio (2), si deferens majorem exigat solemnitatem, quam patiatur pecuniae, de qua contenditur, quantitas, vel conditio personarum. Judex ergo rem temperare potest, et debet, ratione habita personarum, rerum, locorum, et temporum, ita ut nec durius, nec remissius quid constituat. Satis jurasse intelligitur, qui utitur verbo *credo, non recordor* maxime in illis, quae jamdiu gesta sunt (3).

(1) *L. Jusjurandum* 34. §. *Non semper* 8. *ff. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 10.
(2) *L. Ait praetor* 3. §. *ult., et ll. seqq. ff. hoc tit.*
(3) *V. Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 15. §. 9.

§. 1139.

Jusjurandum simpliciter, et sine solemnitate delatum simpliciter praestare sufficit, nisi lex municipalis aliud statuat; solemniter vero, si solemne jusjurandum detulerit adversarius (1). Regio jure offerens jusjurandum in caussa, quae excedat summam, et valorem librarum quadringentarum, ejus formulam exhibere debet, atque exemplum dare adversario, ut deliberet, an jurare velit, eoque modo, quo jusjurandum defertur (2). Si jurare malit, serio monendus a judice est de jurisjurandi religione, et perjurii poenis (3).

(1) *L. Ait praetor* 3. §. *ult. ff. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 16.
(2) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 14. §. 1.
(3) *Reg. Constit. ibid.* §. 3., *Fab. cod. hoc tit. defin.* 34. *num.* 2.

ff. l. 12. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 1.

§. 1140.

Admonitione praehabita, si solemne jusjurandum praestari debeat, faces accenduntur, tum flexis genibus, cujuscumque dignitatis sit is, qui jurat, (1) ad testandam venerationem Divini Nominis, quod in testem assumit[illegible] [illegible]tactis sacrosanctis Evangeliis, elata voce pronunciat verba sol[illegible] jurisjurandi, quibus invocator Deus suprema veritas in [illegible] [illegible]ertorum, atque poenam sibi imprecatur, si forte mentiatur (2). Haec autem solemnitas non tantum in jurejurando decisorio observanda praescribitur (3), sed et in suppletorio, vel purgatorio, si res, de qua disceptatur, libras quadringentas, vel earum valorem excedat (4): sed in caussis levioribus nec tempus deliberandi datur, nec allata solemnitas necessaria est (5); quemadmodum nec exigitur ab eo, qui non de rei veritate, sed de eo solo, quod perspectum habet, jurare debet (6): sed facta post oblatum jusjurandum admonitione, flexis genibus, et tactis scripturis, qui juraturus est, facti veritatem narrat, prout Christianum hominem decet, potissimum in judicio (7).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 1. d. defin. 34. in princip.*
(2) *Reg. Constit. lib. 3: tit. 14. §. 4.*
(3) *Reg. Constit. ibid. §. 1.*
(4) *Reg. Constit. ibid. §. 5.*
(5) *Reg. Constit. ibid. §. 6.*
(6) *Reg. Constit. ibid. §. 20.*
(7) *Reg. Constit. d. §. 6.*

§. 1141.

Ad haec, si caussae pendeant ante supremas curias, solemne jusjurandum coram altari praestandum jubetur, nisi personarum qualitas, vel temporum adjuncta suadeant, ut in domo caussae relatoris, vel alterius Senatoris ad id delegati praestetur (1); judicis arbitrio relinquuntur, quae pro rerum, et personarum diversitate diverso modo fieri possunt, et diverso jure regi debent: atque hinc tradit Faber, jusso jurare in uno loco ex caussa aetatis, vel valetudinis concedi posse, ut juret in alio (2). Jusjurandum judiciale vocata parte praestandum esse, consentiunt omnes, non quod ex caussa extrajudiciali praestatur, puta si convenerit, ut partis jurijurando stetur (3).

(1) *Reg. Constit. lib. 3. tit. 14. §. 19., Thesaur. lib. 3. quaest. 56., ubi Senatus canonicos in ipso capitulo ad jurandum admisit.*
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 1. defin. 10. allegat. 5.* ✠ *, et defin. 46. in princ.*
(3) *Thesaur. decis. 68. in princip., et num. ult.* ✠

§. 1142.

Sed quid, si jussus in uno loco jurare, et postea obtinuit, ut juraret in alio, rursus in priore loco jurare malit, fortasse ut parcat sumptibus gravioribus, qui necessarii essent? Audiendus quidem est, cum nihil intersit adversarii, utro in loco juret (1); refusis tamen expensis omnibus frustratoriis, quas a frustrante ferri omnino aequum est (2): in quarum numero magis placebat, computandos esse totius prioris instantiae sumptus, qui de mutando jurisjurandi loco facti fuerant, tametsi priore Senatusconsulto compensatos, quin civilis supplicationis auxilium necessarium esset, cum mutandi, et quodammodo corrigendi prioris Senatusconsulti caussam praeberet inconstantia ejus, qui primum nullo in loco, deinde in uno, postea in alio jurare voluisset (3).

(1) *Argum. l. Si judex 41. ff. de minorib.* (4. 4.)
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 1. d. defin. 46. num. 1., et seqq.*
(3) *Fab. d. defin. 46. num. 3., et seqq.*

§. 1143.

Diximus, jusjurandum praestandum esse ea forma, qua delatum fuit; alioquin viribus carere, si solemnitas gravioris momenti praetermissa fuerit (§. 1137.): puta ta-

ctus scripturarum (1); sed omissio levioris solemnitatis ei non officit; puta si admonitio de religione jurisjurandi non praecesserit, vel flexis genibus praestitum non sit, maxime si adversa pars non conqueratur (2): non conquerendo solemnitatem jurisjurandi remisisse videtur (3). In dubio juxta praescriptam formam praesumitur praestitum, maxime si in manibus judicis juratum fuerit (4).

ff. l. 12. lit. 2. Cod. l. 4. tit. 1.

(1) *Thesaur. decis.* 47. *num.* 5. ✠

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 25. *num.* 6., *et defin.* 34.

(3) *Argum. l. Remittit.* 6. *ff. hoc tit.*

(4) *Argum. l. Titia* 134. §. 1. *ff. de V. O.* (45. 1.), *Fab. d. defin.* 25. *in princip.*, *Thesaur. d. decis.* 47. *num.* 18. ✠

§. 1144.

Delati, vel relati jurisjurandi decisorii maxima vis est: *jusjurandum*, ait Paulus, *speciem transactionis continet; majoremque habet auctoritatem, quam res judicata* (1). Proinde actor, qui juraverit, in factum actionem ex jurejurando habet (2). Haec autem actio in personam est, utpotequae nasci intelligitur ex quadam conventione: sed perpetua est, licet juratum sit adversus illum, qui temporali actione tenebatur, cum per litis contestationem perpetuae fiant omnes actiones (3), idest ad triginta annos durant, atque in simplum dumtaxat datur, licet negotium, de quo juratum fuit, ex praescripto Romani juris inficiatione crescat in duplum; abunde enim sufficere visum est, inquit idem Paulus, exonerare petitorem probandi necessitate (4).

(1) *L. Jusjurandum* 2. *ff. hoc tit. V. l. admonendi* 31. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Nam, postquam* 9. §. 1., *et ult. ff. hoc tit.*, *l. Actori* 8. *cod. hoc tit.*

(3) *D. l.* 9. §. *Si is, qui* 3. *ff. hoc tit.*

(4) *L. Eum, qui juravit* 30. *ff. hoc tit.*

§. 1145.

Licet autem actio ex jurejurando personalis sit, ut modo diximus (§. praeced.); quia tamen est accessoria prioris actionis, in eam omnia veniunt, quae priori actione continentur (1); nec enim jusjurandum novat, aut tollit priorem actionem (2); atque ideo improprie tantum ad novationis voluntariae speciem referri potest jusjurandum; quod si referatur ad necessariam, quae in judicio contingit (3), omnes norunt, per hanc priores actiones nequaquam perimi (§. 248.)

(1) *L. Sed si possessori* 11. §. 1., 2., *et* 3., *l. Si duo* 13. §. *Si quis juraverit* 3., *et seqq. ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 13. §. 3., 4., *et* 5.

(3) *L. Qui jurasse* 26. §. *ult. ff. hoc tit.*

§. 1146.

Eadem est jurisjurandi vis, quod ad rei utilitatem pertinet: nimirum, si juraverit, se non debere, competit ei exceptio jurisjurandi, sive reali, sive personali actione conventus fuerit (1): vel rei judicatae, si jusjurandum sententia sequatur. Sane, cum jusjurandum speciem transactionis contineat, et majorem re judicata vim habeat (§. 1144.), transactio vero litem coeptam per se dirimat (2), inutilis plerumque sententia absolutoria est; quamquam ut plurimum sequi solet (3); et aliquando necessaria est, ut sciatur, an jusjurandum ita praestitum sit, ut probationis vim habere possit.

(1) *L. Nam, postquam* 9. §. 1. *ff. hoc tit*, §. *Aeque* 4. *instit. de exceptionib.* (4. 13.), *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 14. §. 7.

(2) *Argum. l. Non exigimus* 2. *ff. si quis cautionib.* (2. 11.)

(3) *L. Jusjurandum* 34. §. *ult. ff. hoc tit.*

§. 1147.

Hinc, qui adversarium suum jurare patitur, censetur renunciasse omnibus exceptionibus, et allegationibus, quae objici potuissent ante jusjurandum interpositum, et quae

ff. l. 12. illius praestationem impedire, vel retardare potuissent (1), cum transactionis, et rei
tit. 2. judicatae vim habeat (2); atque jurejurando praestito non amplius quaeritur, an de-
Cod. l. 4. tit. 1. bitum aliquid fuerit, sed id unum, an juratum sit (3): salvae tamen manent exceptiones, quae etiam in caussa judicati objici possent, puta compensationis, et similes (4): imo et appellandi facultas in jurejurando relato, non autem delato (5).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 4. tit. 1. defin. 11.*
(2) *L. Jusjurandum 2. ff. hoc tit.*
(3) *L. Non erit 5. §. Dato 2. ff. hoc tit.*
(4) *L. Eum, qui 30. §. ult. ff. hoc tit., Fab. d. defin. 11. alleg. 1.*
(5) *Osasc. decis. 61.*

§. 1148.

Cum autem una, eademque res non debeat diverso jure censeri, sicuti jusjurandum vim transactionis, et judicati habet favore jurantis, ita et adversus eum, quatenus in jurejurando continetur ejus obligatio. Si ergo Titius juraverit, *vendidisse Maevio rem centum*, Titius ex empto agere potest, ut res tradatur, et vicissim Maevius ad pretium consequendum (1): quod si juraverit, se societatem cum Maevio inivisse, pro socio agere, et conveniri potest (2): nec, nisi decem solutis, pignoratitia actione agere potest debitor, qui juraverit, se ob decem pignori dedisse fundum (3).

(1) *L. Si duo 13. §. Si quis 3. ff. hoc tit.*
(2) *D. l. 13. §. Idem dicemus 4.*
(3) *D. l. 13. §. Marcellus 5.*

§. 1149.

Jusjurandum juranti prodest adversus eum, adversum quem juratum est (§. 1144., et 1146.); atque etiam nocet, seu prodest adversario (§. praeced.); sed et hic locum habet juris regula (1), ex qua res inter alios acta aliis nec nocet, nec prodest (2). Quare, si quis juraverit haereditatem suam esse, si alius, quam qui jusjurandum detulit, res haereditarias petat, nihil prodest jusjurandum (3). Idem dicendum, si quis juraverit, rem suam esse (4).

(1) *L. 1., et tot. tit. cod. inter alios acta* (7. 60.)
(2) *L. Ait praetor 3. §. Unde Marcellus 3. in fin. ff. hoc tit., l. Nec filius 7. cod. hoc tit.*
(3) *L. Sed si possessori 11. §. ult., et l. seq. ff. hoc tit.*
(4) *L. Nam, postquam 9. §. ult., et l. sequ. ff. hoc tit.*

§. 1150.

Neque jusjurandum aliis prodest, quam jurantibus, eorumque successoribus (1): nisi aliorum caussa connexa sit cum caussa jurantis: si enim reus juraverit se non debere, fidejussor quoque liberatus intelligitur (2); et vicissim jusjurandum, praestitum a fidejussore, reo principali prodest; si modo in rem juratum sit, idest juraverit fidejussor nihil deberi, non se fidejussorem non esse; quia jusjurandum, ait Paulus, in locum solutionis succedit (3).

(1) *L. Ait praetor 7., et seq., l. Si duo 13. ff. hoc tit.*
(2) *L. In duobus 28. §. 1., l. ult. §. ult. ff. hoc tit.*
(3) *D. l. 28. §. 1. ff. hoc tit.*

§. 1151.

Idem, exemplo fidejussorum, probandum videtur in duobus reis debendi, vel credendi; ita ut si unus ex debendi reis juraverit non deberi, exceptio competat alteri reo (1); et vicissim jusjurandum debitori delatum ab uno ex duobus stipulandi reis alteri noceat, ne petere possit, licet socii non sint (2). Cur vero pactum ab uno ex reis credendi initum cum debitore de non petendo alteri non noceat (3), jusjurandum vero noceat, inde peti potest discriminis ratio, quod Romanis placuerit, jusjurandum

esse instar solutionis (4), et rei judicatae (5), ob honorem scilicet Divini Nominis: lite autem contestata par nnum credendi reum, reliqui velut occupatione quadam ab agendo excluduntur (6).

ff. l. 12. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 1.

(1) *L. In duobus* 28. §. *Ex duobus* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 28. *in princ.*

(3) *L. Si unus* 27. *ff. de pact.* (2. 14.)

(4) *D. l.* 28. §. 1. *ff. hoc tit.*

(5) *L. Tutor* 35. §. 1. *ff. hoc tit.*

(6) *L. Ex duobus* 16. *ff. de duobus reis* (45. 2.), *l. Si rem* 31. §. 1. *ff. de novationib.* (46. 2.)

§. 1152.

Aliud dicendum videtur, si unus ex pluribus reis debendi detulerit jusjurandum creditori, atque hic juraverit, sibi deberi; jusjurandum hoc, utpote res inter alios acta, alteri debendi reo non nocet (§. 1149.). Neque aliud probat exemplum reorum credendi (§. praeced.); etenim in superiore casu unus reus stipulandi, jurisjurandi delatione aeque ac litis contestatione, totam obligationem occupasse, atque in se transtulisse censetur; quod reus debendi facere non potest (1).

(1) *Argum. d. l. Si rem* 31. §. 1. *ff. de novationib.* (46. 2.)

§. 1153.

Cum jusjurandum ea forma praestari debeat, quo fuit delatum (1137.); consequens est, jurari tantum posse de his, de quibus delatum fuit; nec praestitum de aliis vim probationis habere; alioquin quisque posset, judicem se in propria caussa facere (1); quod a recta ratione alienum est. Ad haec, quia nemo facile creditur velle adversarium judicem in sua caussa constituere, stricta fieri debet jurisjurandi interpretatio, ne extendatur ultra rem, aut casum, de quo juratum fuit (2). Proinde mulier etsi juraverit, se res mariti non amovisse, actione tamen in rem ad eas restituendas conveniri potest (3): atque possessor, qui juraverit rem petitoris non esse, si possidere desinat, atque res a petitore possideatur, actionem ex jurejurando non habet; ut enim scite arguit Ulpianus, non juravit rem suam esse, sed petitoris non esse (4).

(1) *L.* 1. *ff. quar. rer. actio non det.* (44. 5.). *V. Ab-Eccles. part.* 1. *observat.* 64. *ubi probat jusjurandum cum suis qualitatibus intrinsecis, et connexis, quibus non obstet juris praesumptio, non extrinsecis.*

(2) *L. In duobus* 28. §. *Si quis juraverit* 5., *et* §. *penult. ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 28. §. *Quae juravit* 7.

(4) *L. Sed si possessori* 11. *ff. hoc tit.*

§. 1154.

Non dubium tamen, quominus jurisjurandi exceptio prosit, quamvis adversarius deinceps utatur alia actione ab ea, cujus nomine jusjurandum detulit, dummodo eadem quaestio in posterius judicium deducatur, atque posterior actio per priorem consumatur (1). Quod si jusjurandum a judice generatim deferatur, ad ea tamen, quae jam plene probata sunt, non extenditur (2); cum nec pro his ab adversario deferri possit (§. 1108.)

(1) *L. In duobus* 28. §. *Exceptio* 4., §. *Colono* 6., *et seqq. ff. hoc tit.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 41.

§. 1155.

Jurisjurandi decisorii ab adversario delati, vel relati, et praestiti tanta vis est in articulo, quo juratur (non in caeteris, de quibus in lite disceptatur), si de scientia juretur (1), ut non amplius quaeratur, an quidquam debitum fuerit, sed id nnum, an juratum sit (2); nec perjurii praetextu, aut propter instrumenta deinde reperta rescindi possit (3); neque appellari liceat a sententia ad hoc jusjurandum subsecuta (4), saltem delatum (§. 1147.)

ff. l. 12. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 1.

(1) *Ab-Eccles. part.* 1. *observat.* 70. *num.* 3., *et seqq.*
(2) *L. Non erit* 5. §. *Dato* 2. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Admonendi* 31. *in fin. ff. hoc tit.*
(4) *L. penult.* §. 1., *et* 3. *cod. hoc tit.*

§. 1156.

Juris ita constituti ratio inde repetenda plerisque videtur, quod in delatione, vel relatione jurisjurandi tacita conventio insit (1), qua jusjurandum deferens actor, vel referens spondet, se non amplius petiturum, si reus juraverit, se nihil debere: reus vero, cum jusjurandum actori defert, vel refert, tacite promittit, se soluturum, vel daturum, quod actor postulat, si juraverit, rem sibi deberi; unde et in legibus saepe mentio fit conditionis jurandi (2); quatenus tacita promissio actoris, vel rei sub conditione jurisjurandi facta intelligitur, ut proinde, conditione impleta, promissio effectum suum omnino sortiri debeat (3).

(1) *L. Sed et si servus* 25., *et l. seq.* §. *ult. ff. hoc tit.*
(2) *L. Ait praetor* 3., *et l. Qui jurasse* 26. §. *ult. ff. hoc tit.*, *l. Delata* 9. *cod. hoc tit.*
(3) *L. Si quis cum debitore* 39. *ff. hoc tit.*

§. 1157.

Si quis objiciat, pejerantem in dolo esse: dolum vero nemini prodesse debere (1); respondemus, saepe non ex dolo, sed ex errore, vel temeritate quadam falsum jurejurando affirmari. Dolo autem posito ab initio, cum juratum fuit, non inepte defendit Voet (2), doli actione, vel exceptione juvandum esse eum, adversus quem juratum est; ut enim modo diximus, tanta est vis decisorii jurisjurandi ab adversario delati, vel relati, quia deferens, vel referens tacite convenisse videtur, se amplius non petiturum, vel soluturum, sub ea conditione, si adversarius juraverit, nihil debere, aut sibi deberi (§. praeced.): conventiones autem dolo initae ratae in jure non habentur, sed per doli actionem, vel exceptionem infirmantur (4).

(1) *L.* 1. *ff. de dol. mal.* (4. 3.)
(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 25. *in medio.*
(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *definit.* 2., *et* 24.
(4) *L.* 1. §. 1., *l. Et eleganter* 7. *princ.*, *et* §. *Non solum* 3. *ff. de dol. mal.*

§. 1158.

Ad haec transactio, cujus speciem continet jusjurandum (1), si dolus illi caussam dederit (2), puta adversarius fraude suppresserit instrumenta, quibus minime suppressis, subsecuta non fuisset, rescinditur (3). Ergo a pari jusjurandum dolo malo praestitum contra veritatem, probato dolo, nullius roboris esse debet, ne dolus auctori suo prosit (4) contra naturalis aequitatis regulas.

(1) *L. Jusjurandum* 2. *ff. hoc tit.*
(2) *L. In summa* 65. §. 1. *ff. de condiction. indebit.* (12. 6.)
(3) *L. Sub praetextu* 19. *codic. de transactionib.* (2. 4.)
(4) *D. l.* 1. *ff. de dol. mal.* (4. 3.)

§. 1159.

Huic quidem sententiae contrarius videtur Ulpianus a Labeone dissentiens, dum ait, denegandam esse de dolo actionem adversus eum, qui adversario deferente juraverit (1); quia sufficiat perjurii poena (2); sed intelligi potest Jureconsultus de dolo subsequente jusjurandum; sive de eo, qui bona fide juraverit, sed deinceps cognoscat, se pejerasse, et tamen petat in vim hujusce jurisjurandi, vel solvere detrectet: maxime quia ex Pomponio transactum videtur (3): transactio autem ex dolo superveniente non irritatur, utique vero si dolus ei caussam dederit (§. praeced.)

(1) *L. Quod si, deferente* 21. *ff. de dol. mal.* (4. 3.)

(2) *L. Nam sufficit* 22. *ff. eod tit.*
(3) *D. l.* 21. *ff. de dol. mal.*

ff. l. 12. tit. 2. Cod. l. 4 tit. 1.

§. 1160.

Nec alia desunt exempla, quibus decisorium jusjurandum ex delatione, vel relatione praestitum viribus caret ex Romanarum legum sanctione; si quis juraverit, legatum, vel fideicommissum sibi relictum fuisse testamento, quod non apparebat; postea autem, inspectis testamenti tabulis, apparuit, nihil eo testamento relictum fuisse (1); vel si ab initio inter litigantes convenerit, ut propter perjurium retractari caussa possit (2); ut praeteream, prius jusjurandum ab actore, vel reo praestitum infirmari per posterius contrarium rei, vel actoris (3).

(1) *L. ult. cod. hoc tit.*
(2) *L.* 1. *cod. hoc tit.*
(3) *L. In duobus* 28. §. *ult. ff. hoc tit.*

§. 1161.

Facilius permittuntur probationes adversus jusjurandum purgatorium; cum enim litis decisivum non sit, contrarias probationes semper admittit (1), praesertim cum adhiberi non soleat, nisi ad excludendam suspicionem doli, cujus probatio salva semper esse debet; ita ut nec valeat pactio, ne de dolo agatur (2): alioquin minus puniretur dolus, quia cum perjurio junctus est; quem tamen gravius puniri decet. Semel tamen jurare sufficit: nec juste petitur, ut quis rursus jurejurando se purget (3).

(1) *L. Admonendi* 31. *ff. hoc titul., Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 5.
(2) *L. Si unus* 27. §. *Illud nullo* 3. *ff. de pact.* (2. 14.)
(3) *Argum. d. l.* 31. *ff. hoc tit.*

§. 1162.

Probationes quoque admittuntur adversus jusjurandum ultro praestitum a collitigante, puta de sumptibus litis a se factis (1); tum quia nec decisorium est hujusmodi jusjurandum (§. praeced.); tum quia, ut scite animadvertit Faber, probatio veritatis nunquam censetur exclusa, nisi cum id aliqua lege nominatim cautum est (2), quae hic deest; adeoque servanda est juris regula, quae prohibet, ne quis ex dolo, et perjurio suo lucrum ferat (3). Atque hinc patet jusjurandum suppletorium, utpote quod plerumque petenti defertur (§. 1092.), nec litis decisorium est, contrariis probationibus infirmari posse.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 37.
(2) *L. Si chirographum* 24. *ff. de probat.* (22. 3.), *Fab. d. defin.* 37. *allegat.* 2.
(3) *L. Rem alienam* 41. *in fin. ff. de pignorat. action.* (13. 7.)

§. 1163.

Jurisjurandi extra judicium delati hodierno fori usu contra Romani juris principia (1) vix ratio habetur (2), immerito, cum vix sciri possit, an joco, an serio, atque jurandi animo verba prolata sint: quo fundamento scite apud nos cautum, ut judex graviter moneat jurantem de jurisjurandi religione, atque perjurii poenis (3).

(1) *L. In duobus* 28. §. *ult. ff. hoc tit.*
(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 31.
(3) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 14. §. 3. *et* 6.

§. 1164.

Si decesserit is, cui delatum, vel relatum fuerat jusjurandum, an pro praestito, nec ne haberi debeat, supra expendimus (§. 1126., et 1127.). Quod si jusjurandum remittatur ab eo, qui illud detulerat, vel retulerat, pro praestito habetur (1), dummodo adversarius jurare paratus esset. Si enim ab initio jusjurandum suscipere noluit, licet postea jurare velit, et alter litigans deferre nolit, remissum non censetur (2).

(1) *L. Nam, postquam* 9. §. 1. *ff. hoc tit., l. Actori* 8. *cod. hoc tit.*
(2) *L. Remittit* 6. *ff. hoc tit.*

ff. l. 12. tit. 2. Cod. l. 4. tit. 1.

§. 1165.

Jurisjurandi remissio, quae absenti etiam, et ignoranti per nuncium, vel per epistolam recte fit (1), fieri tantum potest ab eo, qui plenam, et liberam rerum administrationem habet, cum speciem donationis contineat (2), adeoque nec a pupillo (3), nec a procuratore, nec a tutore nisi forte post delationem procurator, aut tutor compererit, reum non debere (4), ne temere juretur: et qui alium pejeraturum probabiliter existimat, si ei deferat jusjurandum, plusquam homicida est (5): proinde satius est pejerare parato remittere, quam illius animam occidere; nec deferens lucrum sentit, si adversarius cum perjurio absolvatur (6).

(1) *L. Labeo* 41. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l. Remittit* 6. *L. Labeo* 41. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Jurisjurandi* 32. *ff. hoc tit.*
(4) *Brunneman. in ff. ad d. l.* 6. *num.* 4. *ff. hoc tit.*
(5) *Can. Ille qui hominem* 5. *causs.* 22. *quaest.* 5.
(6) *Brunneman. ad d. l.* 6. *in fin.*

§. 1166.

Perjurium apud Romanos, licet judicaverint, satis Deum ultorem habere (1), non omnino impunitum fuit; etenim perjuros fustibus aliquando castigatos legimus (2), ad tempus exulare jussos, tamquam stellionatus reos (3), et poenae falsi suppositos (4), nec non infamia notatos (5). Apud nos perjurii dolosi in judicio convictus ipso jure infamis habetur, dignitatibus omnibus, atque publicis officiis privandus decernitur, nec ad aliquem honoris gradum, aut munus admittitur, neo ad jurandum, aut jusjurandum aliis deferendum (6).

(1) *L. Nam sufficit* 22. *ff. de dol. mal.* (4. 3.), *L. Jurisjurandi* 2. *cod. hoc tit.*
(2) *L. Si duo* 13. §. *ult. ff. hoc tit.*
(3) *L. ult. ff. stellionat.* (47. 20.)
(4) *L. Qui falsa* 13. *cod. de testib.* (4. 20.)
(5) *L. Si quis major* 41. *cod. de transactionib.* (2. 4.)
(6) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 14. §. 11.

§. 1167.

Sed hisce poenis, prout scite animadvertit Voet, afficiendus non est, qui ad pejerandum quidem se se paratum professus est, nec dum tamen juravit; quia nonnisi in gravissimis quibusdam caussis jure Romano obtinuit, ac vix unquam hodie obtinet, tentatum crimen eodem modo, quo consummatum, puniri; uti nec qui non dolo malo, sed errore quodam perjurium patravit (1); cum affectus maleficia distinguat: quare in utroque casu mitior coercitio judicis arbitrio imponenda est: atque apud nos perjurii dolosi mentio fit (2). Porro bona fides jurantis praesumi potest ex lucro exiguo inde sperato, moribus, et facultatibus jurantis. An perjurii poena coerceri possit reus, qui judici falsa respondeat, tractat Osascus (3).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num. ult.*
(2) *Reg. Constit. d. lib.* 3. *tit.* 14. §. 11.
(3) *V. Osasc. decis.* 66.*

§. 1168.

Inquirendum superest de vi jurisjurandi promissorii. Alibi diximus, jurejurando non firmari actum lege in publicam utilitatem lata probibitum, utique vero, si lex privatorum favore scripta sit, quia tacitam legis beneficio renunciationem continet (1): prout etiam jure canonico decretum est, ut servetur jusjurandum sine vi, et dolo praestitum, cum in solius jurantis praejudicium redundat, nec observatum vergit in dispendium salutis aeternae (2); sed nullius roboris habetur jusjurandum, quo clericus fori privilegio renunciaverit (3), quia publicum ecclesiastici ordinis decus in hoc versari videtur.

(1) *V. Tom. I. pag.* 79. §. 95., *et seqq.*
(2) *Cap. Cum contingat* 28. *extra Decret. Greg. de jurejurand.* (2. 24.), *Cap. Quamvis pactum* 2. *extra de pact. in* 6. *Decret.* (1. 18.)
(3) *Cap. Si diligenter* 13. *extra Decr. Greg. de foro competent.* (2. 2.)

§. 1169.

Quod si justa aliqua singularis caussa suadeat, ne contractui per jusjurandum firmato stetur: vel personarum conditio ex aetatis, vel sexus imbecillitate, atque negotii indole, veluti renunciatione, absolutio jurisjurandi ab Episcopo, vel ejus vicario petenda est; quae juxta Fabrum concedi potest, etiam non citato adversario, sed ad fines agendi tantum, non ut impetrans plenissime liberatus intelligatur a vinculo jurisjurandi (1): quae quidem absolutio haeredi, nec ad fines agendi, necessaria est; quia jusjurandum, quod pertinet ad inducendam perjurii exceptionem, personalissimum est, ut ajunt, nec transit ad haeredes (2); cessante juris fictione, qua haeres, et defunctus una eademque persona censentur.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 13. *in princip.*
(2) *Fab. d. defin.* 13. *num.* 1., *et seqq.*

§. 1170.

Apud nos supervacanea videtur disputatio haec, cum regio jure simulati, atque dolo extorti decernantur contractus, quibus adjectum fuerit jusjurandum, ita ut nullam mereantur fidem, nec sustineri possint depositionibus testium, aut partium admissione, quibus pariter fides omnis in hoc casu adempta intelligitur (1). An vero jusjurandum promissorium adjectum actui, qui mere pendet a voluntate jurantis, nec ullum jus statim alteri tribuit, ejusdem conditionis sit, ac ipse actus, puta si quis juraverit, se non revocaturum testamentum, aut mandatum, alibi expendimus (2).

(1) *Reg. Constit. lib.* 5. *tit.* 11. §. 14. *V. Tom. I. pag.* 80. §. 99.
(2) *V. Tom. VI.* §. 1198., *et seqq. pag.* 287.

§. 1171.

Unum hic post Fabrum postremo loco monendum putamus, videlicet expensarum condemnationi, quae temere litigantibus poenae nomine infligi solet (1), non subjacere eum, qui jusjurandum decisorium alteri detulerit, vel retulerit (2); quemadmodum nec duplum exigit, qui juravit, licet quaestio sit de illis caussis, in quibus lis inficiando crescit in duplum; quia et hic vires habet ratio a Paulo allata, *abunde sufficere exonerare petitorem probandi necessitate* (3). Aliud dicendum de suppletorio jurejurando (4): qui enim hoc jusjurandum judice deferente praestat, veritatis praesumptionem ex semiplena probatione, et judicis imperio pro se habet.

(1) *L. Eum, quem* 79. *ff. de judic.* (5. 1.)
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 1. *in princip.*
(3) *L. Eum, qui* 30. *ff. hoc tit.*
(4) *Fab. d. defin.* 1. *num.* 6., *et seqq.*

ff. l. 42. tit. 2. Cod. l. 7. tit. 59.

TITULUS XXII.

De confessis.

Digest. lib. 42. tit. 2. } *De confessis.*
Cod. lib. 7. tit. 59. }

SUMMARIA.

Confessio est pronunciatio, vel affirmatio facti proprii. Quid sub nomine affirmationis contineatur? §. 1172.

Confessio alia est expressa, alia tacita: expressa verbis, vel litteris fit, tacita ex facto deducitur. §. 1173.

Contumax non statim tamquam confessus condemnari debet, nisi per contumaciam recusaverit respondere positionibus, postquam praesens monitus, et jussus fuerit a judice. §. 1174.

Confessio dividitur in judicialem, et extrajudicialem. Quaenam sit judicialis, quaeve extrajudicialis? §. 1175.

Quae sint confessione tractanda? §. 1176.

Confiteri tantum possunt in judicio, qui satis intelligunt, quod agunt, et quorum interest. §. 1177.

Confessio procuratoris, qui speciale mandatum habet, nocet domino. Quid de confessione procuratoris generalis, vel sindicis? §. 1178.

Quid si advocatus pro cliente aliquid per errorem confessus fuerit? §. 1179.

Error facti in confessione confitenti non nocet, utique vero juris? §. 1180.

Error juris nocet, si naturali ratione debeatur, quod quis ob ignorantiam se debere confessus fuit. §. 1181.

Confiteri regulariter quis tantum potest contra se, non pro se. Quid de confessione facta in judiciis criminalibus? §. 1182.

Ex sola confessione in civili judicio facta sequi potest condemnatio, licet aliae probationes omnes deficiant, non vero in judicio criminali. §. 1183.

Quid si quis fateatur, hominem a se occisum fuisse, sed cum moderamine inculpatae tutelae, atque ad sui defensionem: nec appareat, occisum ab occisore aggressum fuisse? §. 1184.

Quid si quis fateatur, res furto subtraxisse, sed non constet, ab aliquo eas amissas fuisse? §. 1185.

An judex aliquando possit reo promittere impunitatem ad ingenuam confessionem eliciendam? §. 1186.

Potest quis ex propria confessione condemnari, licet collitigator neget, quod ille confessus est. §. 1187.

Confessio non nocet, si per rerum naturam impleri nequeat, quod in illa continetur. §. 1188.

Si quis in judicio confessus sit, certam se alteri pecuniae quantitatem debere, licet caussam debiti non expresserit, condemnandus est. §. 1189.

Confessio coram judice facta, ut vim suam habeat, fieri debet praesente, et acceptante adversario, vel aliquo ejus nomine. Quid si ab absente acceptetur? §. 1190.

Quaenam sit confessionis potissimum judicialis vis, ejusque effectus? §. 1191.

Confessus pro judicato non habetur, nisi post condemnationis sententiam. §. 1192.

Confessio in uno civili judicio facta probat etiam in alio inter easdem personas. §. 1193.

Confessio extrajudicialis non eandem vim habet, ac judicialis, atque ex justa caussa revocari potest usque ad litem contestatam. §. 1194. ff. l. 42. tit. 2. Cod. l. 7. tit. 59.

Confessio extra judicium facta plenae probationis vim fere habet, si geminata sit, potissimum favore dotis. §. 1195.

Confessio extrajudicialis, quae coram adversario sit emissa, potissimum si et adsint testes, majorem vim habet, non secus ac illa, quae in scriptis facta sit. §. 1196.

Confessio, quae in articulo mortis, vel ultimae voluntatis actu sit, sustinetur vel in vim justae confessionis, vel in vim dispositionis. §. 1197.

Si testator jurejurando adjecto affirmet se aliquid debere, scripturae omnimodo fides adhibetur. Quid si confessio sine jurejurando facta sit, aut in fraudem facta fuerit? §. 1198.

Confessio defuncti non solum vera, sed etiam ficta, quae per contumaciam inducitur, haeredibus nocet. §. 1199., *et* 1200.

Debitum per se non probat assertio facta in testamento quoad extraneos. Quid si affirmet testator sibi quid deberi ab uno ex haeredibus? §. 1201.

Cur de juris, et facti ignorantia post haec agendum sit? §. 1202.

§. 1172.

Confessio definiri, vel describi potest, pronunciatio, vel affirmatio facti proprii. Sub affirmatione etiam continetur negatio: quatenus etiam affirmat, qui aliquid negat: affimatio haec facti proprii esse debet (1), tum quia unusquisque facti sui, non item alieni scientiam habere praesumitur (2), tum quia unius confessio alteri nocere non debet, sicuti nec res judicata (3): quamquam nihil vetat, quominus haeres fateatur id, quod perspectum habet de facto defuncti, puta mutuam ei datam pecuniam fuisse, prout diximus de jurejurando (§. 1094.)

(1) *L. ult. in fin. cod. de accusat.* (9. 2.)

(2) *L. Si sine* 9. §. *Alius* 3., *l. Si filius* 12. *ff. de interrogat. in jur. faciend.* (11. 1.)

(3) *L.* 1. *ff. hoc tit.*, *junct. l. Saepe constitutum* 63. *ff. de re judicat.* (42. 1.)

§. 1173.

Cum taciti eadem plerumque vis sit, ac expressi (1); confiteri quis potest non expresse tantum, sed etiam tacite: expressa confessio verbis vel litteris fit, et tacita ex facto deducitur, quod confessionem secum trahat; puta si quis de privato delicto transigat, tacite confitetur illud a se patratum fuisse (2): immo silentium ejus, qui in judicio respondere tenetur, puta an haeres sit, pro tacita confessione habetur: ita ut tamquam talis condemnari possit (3). Sed compensationem objiciens debitum fateri non intelligitur (§. 309.); neque ex fuga suspecti delictum satis probatur (§. 803.)

(1) *L. Cum quid mutuum* 3. *ff. de reb. credit.* (12. 1.)

(2) *L. Quoniam* 5. *ff. de his, qui notant. infam.* (3. 2.)

(3) *L. De aetate* 11. §. *Qui tacuit.* 4. *ff. de interrogat. in jur. faciend.* (11. 1.)

§. 1174.

Contra contumacem omnia quidem jura clamant; ut contra eum praesumatur propter contemptum judicantis (1), non tamen statim tamquam confessus condemnari debet (potissimum in criminalibus), nisi per contumaciam recusaverit respondere positionibus, postquam praesens monitus, et jussus fuerit a judice (2); supplenda est, ut ait Justinianus, partis absentia per praesentiam Dei (3). Ergo, nisi lege municipali aliud praescriptum sit, contumax pro confesso non habetur: quo tamen casu sententia lata adversus contumacem non impedit, quominus ejus fidejussor suas defensiones allegare valeat (4).

(1) *L. Si quis* 5. *ff. de judic.* (5. 1.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 24. *defin.* 7. *in princip.*, *et alleg.* 2.

(3) *L. Properandum* 13. §. *Cum autem* 4. *cod. de judic.* (3. 1.)

(4) *Thesaur. lib.* 1. *quaest.* 6. *num.* 10. ✠

ff. l. 42. tit. 2. Cod. l. 7. tit. 59.

§. 1175.

Dividi potest confessio in judicialem, et extrajudicialem. Illa in judicio fit coram judice competente (1); haec extra judicium: si quis fateatur coram judice incompetente, confessio haec extrajudicialis confessionis vires habet (2), nisi facta sit a sciente, quo casu plures sentiunt, tacite hinc prorogari jurisdictionem judicis, dummodo nihil obstet huic prorogationi (3).

(1) *Cap. Et, si Clerici 4. extra de judic.* (2. 1.)

(2) *Mascard. de probat. conclus.* 352.

(3) *Argum. l. Si per errorem* 15. *ff. de jurisdiction.* (2. 1.)

§. 1176.

Hisce praemissis inquirendum: 1. Qui confiteri possint, seu quorum confessio recipiatur, et vim habeat: 2. Quae sint confessionis requisita: 3. et postremo quae sit vis confessionis sive in judicio, sive extra judicium emissae; sive actu inter vivos, sive actu postremae voluntatis, vel in articulo mortis fiat.

§. 1177.

Cum confessio saltem in judicio facta sententiae, et condemnationis vim habeat, ita ut confessus pro judicato habeatur (1), sponte sequitur, eos tantum confiteri posse ita, ut confitendo noceant, qui satis intelligunt, quod agunt, et quorum interest. Consilii defectu nihil operatur confessio impuberis; minor autem, si ex confessione sua laesum se demonstret, in integrum restituitur (2), prout et in delato jurejurando (3). Atque tradunt pragmatici prohibitum contrahere, et alienare nec confiteri posse, ne indirecte fraus legi fiat (4).

(1) *L.* 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Certum* 6. §. *penult. ff. hoc tit.*, *l. Minoribus* 6., *et l. seq. ff. de minorib.* (4. 4.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 24. *defin.* 5. *in princip.*

(3) *L. Nam, postquam* 9. §. *Si minor* 4. *ff. de jurejurand.* (12. 2.)

(4) *Argum. l. Non dubium* 5. *cod. de legib.* (1. 14.)

§. 1178.

Procuratoris, qui speciale mandatum habeat, confessio procul dubio nocet domino; sed procurator generalis cum libera administrandi potestate odio domini non videtur confiteri posse; cum generali mandato non contineatur facultas donandi, et perdendi (1): aut saltem domino, qui ex confessione procuratoris laesua sit, restitutio in integrum concedi debet, non secus ac si dolo adversarii extorta, vel per errorem facta probetur (2). Confessio syndici, nisi speciali mandato instructus sit, non nocet universitati, potissimum in rebus gravioris momenti (3).

(1) *D. l. Certum* 6. §. *Sed an et ipsos* 4. *ff. hoc tit.*, *l. Filiusfamilias* 7. *ff. de donat.* (39. 5.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 24. *defin.* 5. *alleg.* 4.

(2) *Fab. cod. hoc tit. d. definit.* 5. *num.* 2., *et* 3.

(3) *Fab. cod. hoc tit. def.* 4.

§. 1179.

Sed quid, si advocatus pro cliente aliquid per errorem confessus fuerit? Interest, utrum praesens sit cliens, an absens. Si cliens praeseus sit, intra triduum advocati errorem emendare debet (1); modicum hoc temporis spatium aequitate suadente concessum fuit, licet cliens ipse fateri videatur, quae se praesente allegat caussae patronus (2): sed confessionem, seu erroneam advocati allegationem, cliente absente factam, usque ad sententiam retractare licet (3).

(1) *L. ult. cod. de errore advocator.* (2. 10.)

(2) *L.* 1. *cod. eod. tit.*

(3) *D. L. ult. cod. de error. advoc.*

ff. l. 42. tit. 2. Cod. l. 7. tit. 59.

§. 1180.

Confessio per errorem facta confitenti non nocet (§. 1178.); nihil enim tam contrarium consensui, quam error (1); *Non fatetur, qui errat*, ait Ulpianus, *nisi jus ignoravit* (2): ergo secundum Ulpianum error quidem facti impedit; ne confessio noceat, non vero juris; puta si quis sciens, quantum in bonis defuncti sit, fateatur tamen in judicio, se tamquam haeredem integra legata debere, quia ex confessione errore juris facta nascatur obligatio (3).

(1) *L. Nihil consensui* 116. *§. ult. ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *L. Non fatetur* 2. *ff. hoc tit.*

(3) *Argum. L. Confessionibus* 13. *ff. de interrogat. in jur. faciend.* (11. 1.)

§. 1181.

Si objicias, errorem juris ex Papiniano nemini nocere in damnis amittendae rei suae (1); adeoque haeredi ex juris errore confesso adhuc competere retentionem quartae Falcidiae ex legatis nondum persolutis, respondent hic non agi de amissione rei suae, sed de nativitate obligationis ex erronea propter juris ignorantiam confessione (2). Sententia haec recipi potest, si natnrali ratione debeatur, quod quis per ignorantiam juris se debere confessus fuit; non si nullo jure debitum sit, ut supra expendimus (§. 584., et seq.)

(1) *L. Error facti* 8. *in fin. ff. de jur., et fact. ignorant.* (22. 6.)

(2) *D. L.* 13. *ff. de interrogat. in jur. faciend.* (11. 1.)

§. 1182.

Confiteri regulariter quis tantum potest contra se, non pro se; alioquin confessus propria sententia absolutus, non condemnatus dicendus esset (1). Si tamen confessio plura contineat capita, quorum aliqua pro confitente probent, puta si fateatur, se mutuam accepisse pecuniam: sed minus probam, confessio in civilibus scindi non potest, idest pro parte probari (2). Aliud obtinet, si Fabro credimus, in judiciis criminalibus, in quibus sentit, confessionem scindi posse (3); sive quia difficilior esse solet probatio criminis, quod tamen sciri, et vindicari publice interest, sive quia in criminalibus de crimine tantum quaeritur, an patratum sit, in civilibus vero de jure litigantis, cui permittendum non est, ut de domo inviti adversarii probationes extrahat (4).

(1) *L.* 1. *ff. hoc tit.*

(2) *Argum. L. Cum quaeritur* 16. *ff. de administrat., et peric. tutor.* (26. 7.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 24. *def.* 1. *in princip.*

(3) *Fab. d. def.* 1. *num.* 1., *et seqq.*

(4) *L. Nimis grave* 7. *cod. de testib.* (4. 20.)

§. 1183.

Apud omnes sane constat, ex confessione, quae in civili judicio facta sit, sequi posse condemnationem in confessum, licet probationes aliae omnes deficiant (quia confessus pro judicato habetur (1)): atque licet judicium minus legitime institutum sit, tamquam quod sententia vim sumat ex ipsa confessione, non ex figura judicii (2): sed confessio sola facta in judicio criminali non sufficit ad reum condemnandum, nisi prius constet, crimen admissum fuisse, atque tantum dubitetur de persona rei (3); nec auditur vitae taedio, desperatione, aliave caussa, perire volens (4). Excipit Faber crimen, ut ajunt, assassinatus; quippequod semper committitur per insidias, et plerumque in occulto; adeoque sufficit, ut constet de corpore mortuo ex confessione accusati, maxime si plures accusentur, atque omnes confiteantur, sive in tormentis, sive extra tormenta (5).

(1) *L.* 1. *ff. hoc tit., l. unic. codic. hoc tit.*

(2) *Argum. d. l.* 1., *et l. unic., Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 24. *d. def.* 1. *num.* 5., *et seqq.*

(3) *Fab. d. definit.* 1. *num.* 8., *et seqq., argum. l. Si is, cum quo* 4. *ff. hoc tit.*

ff. l. 42. tit. 2. Cod. l. 7. tit. 59.

(4) *L.* 1. §. *Divi Severus* 17., *et* §. *ult. ff. de quaestionibus* (48. 18.), *l. Non tantum* 6. *ff. de appellat., et relationib.* (49. 1.)

(5) *Fab. cod. hoc tit. d. def.* 1. *allegat. ult.* ✠

§. 1184.

Sed quid, si quis fateatur, hominem a se occisum fuisse, adjiciens hoc se fecisse cum moderamine, ut ajunt, inculpatae tutelae, atque ad sui defensionem, nec appareat occisum ab occisore aggressum fuisse? Confessioni, seu assertioni ipsius rei standum est, saltem ut levius puniatur (1); tum quia in dubium viventibus potius favendum est, quam mortuis, tum quia tutius est nocentem absolvi, quam innocentem damnari (1): si autem reus contrariis indiciis urgeatur, torquendus est, subjicit Faber, atque condemnandus, si in tormentis se aggressorem fateatur; absolvendus, si neget (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 24. *def.* 2. *in princ.*

(2) *L. Absentem* 5. *ff. de poenis* (48. 19.)

(3) *Fab. d. def.* 2. *in fin.*

§. 1185.

Idem fere dicendum de crimine furti; quare, licet is, apud quem reperiuntur multae res, quas probabile sit, inspecta earum qualitate, furto potius, quam alia quacumque ratione acquisitas, sponte fateatur, a se subreptas fuisse, non tamen ex sola sua confessione tamquam fur condemnari potest, sed necessarium est, ut prius probentur ab aliquo amissae, alioquin subtractae videri non possunt (1); proinde quaestio, an furtum factum sit, duas habet partes: quis amiserit rem, quae dicitur furto subtracta, et quis subripuerit, nec sola possessio rei alienae furtivam rem esse, probat, cum furtum sine animo contrectandi non fiat (2).

(1) *D. l.* 1. §. *Divi* 17., *et* §. *ult. ff. de quaestionibus* (48. 18.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 24. *def.* 9. *in princip.*

(2) *L. Inter omnes* 46. §. *Recte dictum* 7. *ff. de furt.* (47. 2.), *Fab. d. def.* 9. *num.* 4.

§. 1186.

Cum modis omnibus curandum sit, ut facti veritas habeatur (1), inde infert post alios Faber, judici aliquando permittendum, ut reo promittat impunitatem, si ingenue fateatur: quo facto, et ita extorta confessione, reus non omnimodo absolvendus, sed mitius puniendus sit, si perstiterit in eadem confessione, quam tamen retractare potest, quin ex hac variatione torqueri possit (2): subjicit tamen, et merito, bonum judicem cavere debere, quantum facere potest, ut ab hujusmodi agendi ratione abstineat, ne per dolum, et cuniculos boni viri officium implere videatur (3): ideoque regiis sanctionibus districte prohibentur judices, ne sub comminatione, aut impunitatis promissione a reo confessionem elicere pertentent (4).

(1) *L. Curent magistratus* 22. *ff. de testib.* (22. 5.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 24. *def.* 8. *in princip.*

(3) *Fab. d. defin.* 8. *in fin.*

(4) *Reg. Constit. lib.* 4. *tit.* 11. §. 13.

§. 1187.

Quod diximus, confessionem in civilibus scindi non posse (§. 1181.), non impedit, quominus ex propria confessione quis condemnetur, licet collitigator neget, quod alter confessus est, puta si Titius contendat, se commodati caussa equum Maevio tradidisse, Maevius vero fateatur sibi traditum, sed caussa emptionis certo pretio celebratae, Maevius interim condemnandus est, ut Titio pretium solvat, quo equum emisse allegat (1); alioquin Maevius, qui se emptorem profitetur, re simul, et pretio frueretur; quod ab aequitate alienum est (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 24. *def.* 6.

(2) *L. Julianus* 13. §. *Offerri* 8. *ff. de actionib. empti* (19. 1.)

§. 1188.

ff. l. 42. tit. 2. Cod. l. 7. tit. 59.

Jam innuimus, solam criminis confessionem non sufficere, ut quis tamquam nocens damnetur, nisi delictum admissum fuisse constet, excepto crimine assassinatus (§. 1183.): in civilibus vero caussis quis ex sola confessione damnari potest, deficientibus etiam caeteris probationibus; atque licet judicium minus legitime institutum sit (d. §. 1183.), immo libellus obscurus, et ineptus ab actore sit editus (1). Si non nocet confessio, si per rerum naturam impleri nequeat, quod in illa continetur; puta si quis fateatur se debere rem, quae jam extincta est, putans nondum extinctam (2): quod si peremptam sciret, ad praestandam aestimationem cogi posset (3).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num. 2. in fin.*
(2) *L. ult. ff. hoc tit., l. Si is, cujus* 14. §. 1. *ff. de interrogat. in jur. facien.* (11. 1.)
(3) *L. Julianus* 3, *l. Qui stichum* 5. *ff. hoc tit.*

§. 1189.

Condemnandus quoque videtur, qui in judicio confessus est, certam se alteri pecuniae quantitatem debere, licet caussam debiti non expresserit (1); obligatio quidem sine caussa non subsistit (2), sed cum confessio coram judice facta est, serio, atque considerate facta praesumi debet, adeoque ex praevia caussa, quam forte satius duxerit reticendam: nec obscura, aut incerta dici potest confessio, quae certam habet quantitatis determinationem. Incertum confessus statim pro judicato haberi non potest (3): sed confessionem suam explicare debet (4), eamque sui favore declarare potest (5): sed si recuset, contra ipsum a judice interpretatio fit (6).

(1) *Surdus decis.* 309. *num.* 14., *et* 15.
(2) *L. Palam est* 2. §. *Circa primam* 3. *ff. de dol. mal., et met. exception.* (44. 4.)
(3) *L. Certum confessus* 6. *in princip. ff. hoc tit.*
(4) *D. l.* 6. §. 1. *ff. hoc tit.*
(5) *L. Si quis intentione* 66. *ff. de judic.* (5. 1.)
(6) *L. De aetate* 11. §. 1. *Qui tacuit* 4. *junct.* §. *Nihil interest* 7. *ff. de interrogat. in jur. faciend* (11. 1.)

§. 1190.

Ad vim confessionis coram judice factae leges requirunt, ut eadem facta fuerit praesente, et accipiente adversario (1), vel aliquo ejus nomine, veluti tutore, curatore, aut procuratore (2): si tamen ab absente acceptetur, et rata habeatur, plerique sentiunt, reum ex hujusmodi confessione condemnari posse.

(1) *L. Certum confessus* 6. §. *Si quis absente* 3. *ff. hoc tit., Fab. cod. de probat. lib.* 4. *tit.* 14. *def.* 62., *Thesaur. decis.* 109. *num.* 1., *et seqq.*
(2) *D. l.* 6. §. 3. *in fin. ff. hoc tit.*

§. 1191.

Expendendum superest, quae sit confessionis potissimum judicialis vis. In judicio confessus, prout saepe innuimus, pro judicato habetur (1); adeoque judicis partes non aliae sunt, quam ut confessum condemnet (2), quin ulteriore probatione, vel inquisitione opus sit (3): neque judex pronunciare potest ultra id, quod confessione continetur: adeoque secundum qualitates, ut ajunt, confessionis (4); nisi de parte tantum quis confessus fuerit; quo casu licet judici, etiam ultra confessionis verba, reum condemnare, si aliae probationes praesto sint.

(1) *L.* 1., *L. Julianus* 3., *et passim ff. hoc tit., L. unic. cod. hoc tit.*
(2) *L. Qui Stichum* 5. §. *ult. ff. hoc tit., L. ult. cod. de execution. rei judic.* (7. 53.)
(3) *L. Post rem judicatam* 56. *ff. de re judicat.* (42. 1.)
(4) *Argum. L. Tale pactum* 40. §. 1. *ff. de pact.* (2. 14.)

§. 1192.

Hinc quoque sequitur, quod ait Ulpianus, confessos post confessionem tempora quasi ex caussa judicati habere (1): quod tamen non de ipsa confessione, sed de

ff. l. 42. tit. 2. Cod. l. 7. tit. 59.

sententia vi confessionis lata accipiendum videtur (2); cum confessus pro judicato quidem habeatur, sed vere talis non sit, nisi post condemnationis sententiam; maxime quia prius non omnino constat, quae sit confessionis vis. Sane et ante latam sententiam modicum tempus confesso indulgendum est, intra quod adversario praestet, quod se debere confessus fuit, prout judici singulis adjunctis pensatis videbitur (3); *neque enim magnum damnum est in mora modici temporis: modicum autem tempus hic intelligendum est, quod post condemnationem reis indultum est* (4).

(1) *L. Certum confessus* 6. §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *Argum. D. L. ult. cod. de execut. rei judicat.* (7. 53.)

(3) *L. Si domus* 71. §. *In pecunia* 2. *ff. de legat.* 1. (30. 1.)

(4) *L. Si debitori* 21. *in fin. ff. de judic.* (5. 1.)

§. 1193.

Confessio judicialis in uno civili judicio facta probat etiam in alio inter easdem personas: immo facta in judicio criminali, puta furti, probat etiam in civili (1); aequum omnino est, ut unusquisque suis confessionibus acquiescat (2), quae ratio probat, inter diversas personas gravem adversus confitentem inducere praesumptionem: ex quo plures inferunt, confessionem, seu depositionem alicujus tamquam testis in caussa tertii probare contra ipsum in alia lite etiam pro alia persona, aut saltem gravem ex ea oriri praesumptionem (3). Neque judicialis confessio revocari potest, nisi vi, metu, dolo, vel errore facta probetur (§. 1178.)

(1) *L. penult. in fin. cod. de liberal. causs.* (7. 16.)

(2) *L. penult.* §. *ult. cod. de non numerat. pecun.* (4. 30.)

(3) *V. Surdum decis.* 309.

§. 1194.

Non eadem vis est confessionis extrajudicialis; utpotequae minus serio, et inconsiderare fieri facilius potest; ideoque videtur revocari posse usque ad litem contestatam, saltem si justa aliqua caussa ita suadeat (1). Non dubium tamen, quominus praesumptio ex hac confessione oriatur, atque etiam probatio semiplena (2), ita ut si simul concurrat depositio unius testis de facto, de quo disceptatur, plena hinc probatio exurgat, ut diximus supra (§. 801.): atque judex aliquando possit jusjurandum suppletorium deferre, inspecta personarum conditione, et rerum adjunctis (3).

(1) *L. Electio* 26. §. *Neque haeredi* 5. *ff. de noxalib. actionib.* (9. 4.), *Thes. decis.* 109. *num.* 5.

(2) *Fab. cod. de probat. lib.* 4. *tit.* 14. *defin.* 25. *in princip.*

(3) *Fab. cod. d. defin.* 25. *in fin.*

§. 1195.

Quinimmo non immerito tradit Faber, confessionem extra judicium factam plenae probationis vim fere habere, si geminata sit; maxime si agatur de dote; cujus favore receptum est, ut etiam enunciativa verba plene probent (1); non enim tam facile inconsideratio praesumitur in actibus geminatis; dotis autem favor maximus in jure semper habitus fuit (2); ita ut in dubio pro dote respondendum dicatur (3).

(1) *Fab. cod. de probat. lib.* 4. *tit.* 14. *d. defin.* 25. *num.* 1.

(2) *L. Reipublicae* 2. *ff. de jur. dot.* (23. 3.)

(3) *L. In ambiguis* 85. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1196.

Fatentur sane omnes, majorem vim inesse confessioni extrajudiciali, quae coram adversario sit emissa, potissimum si et adsint testes, quia pacti naturam induere videtur (1): nec non illi, quae in scriptis facta sit, cum scriptura contra scribentem plene probet, dummodo constet ab eo scriptam fuisse, quocum contenditur (§. 813.),

nec tam facile scribens labitur, ac loquens; maturius scripta, quam verba pensari solent. ff. l. 42. tit. 2. Cod. l. 7. tit. 59.

(1) *Argum. l. Tale pactum* 40. *ff. de pact.* (2. 14.)

§. 1197.

Cum autem morientes, seu qui actus ultimae voluntatis condunt, serio agere, et loqui existimentur (1), hinc major fides adhiberi, et vis tribui debet confessioni, quae in articulo mortis, vel ultimae voluntatis actu fiat, nimirum sustinetur, vel in vim justae confessionis, vel in vim dispositionis alterius favore: atque ideo, si moriens fateatur, debitum sibi solutum fuisse, haeredes amplius petere nequeunt, licet fortasse probent, nullam praecessisse solutionem (2); nisi huic confessioni error caussam dedisset; vel vi, metu, aut dolo extortam constet, vel testator eam revocaverit, prout potest (3).

(1) *Argum.* §. *Impossibilis conditio* 10. *instit. de haeredib. instituend.* (2. 14.)

(2) *L. penult. cod. de fals. causs. adject. legat.* (6. 44.)

(3) *Thesaur. d. decis.* 109. *in addit.* ✠

§. 1198.

Ad haec si testator, jurejurando adjecto, affirmet, se aliquid debere, scripturae omnimodo fides adhibetur (1): quod si confessio sine jurejurando facta fuerit, sustinetur tamquam fideicommissum (2). Sed haec ita, nisi testator fateatur debita in fraudem legitimae, vel favore personae incapacis (3); ne in potestate testatoris sit alteri nocere, vel legum sanctionem ementito praetextu eludere: quo etiam fundamento constituit Justinianus, ut assertio testatoris jurata de substantiae suae quantitate haeredibus quidem noceat, non vero creditoribus (4).

(1) *L. Cum quis decedens* 37. §. *Codicillis* 5. *ff. de legat.* 3. (32. 1.)

(2) *L. Lucius Titius* 93. §. 1. *ff. eod. tit.*, *l. Aurelius* 28. §. *ult. ff. de liberation. legat.* (34. 3.)

(3) *D. l.* 37. §. 6. *ff. de legat.* 3.

(4) *Novell.* 48. *cap.* 1. *princip.*, *et* §. 1.

§. 1199.

Non vera tantum, sed etiam ficta defuncti confessio, quae per contumaciam inducitur, haeredibus nocet; cum tacite per contumaciam confessus judicato, et condemnato aequiparetur (1); atque contumax appellans perinde repellitur, ac confessus (2). Hinc, cum quidam tribus edictis in judicium vocatus, ut depositum restitueret, non comparuisset, ac in poenam contumaciae pro confesso a judice per interlocutoriam sententiam pronunciatus fuisset; eo defuncto, haeredes quasi ad novam instantiam revocati factum depositum, quod nec satis probatum fuerat, negarent, placuit Sabaudis patribus, illos esse condemnandos; quia defunctus, cujus fides in deposito electa fuerat, et cui veritas perspecta erat, passus esset se pro confesso haberi (3).

(1) *Auth. Qua in provincia versic. Sed si nec ipse post. l.* 2. *cod. ubi de criminib. agi oport.* (3. 15.), *Osasc. decis.* 106. ✠

(2) *L.* 1. *cod. quor. appellation. non recipiant.* (7. 65.)

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 24. *defin.* 3. *in princip.*

§. 1200.

Neque ad rem pertinere, subjicit Faber, visum est, quod non tamquam haeredes confessi, seu contumacis debitoris interpellati fuissent, sed quasi ad novam instantiam invitati; facta iis etiam potestate negandi, quod petebatur (1); etenim hinc quidem actor amiserat commodum interlocutoriae sententiae a judice adversus defunctum prolatae; non vero probationis, quae ex contumacia, indeque ficta confessione defuncti emergebat: nisi simul defuncti haeredes contrariis argumentis depositum factum non fuisse, vel restitutum probaverint.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 24. *d. defin.* 3. *num.* 3., *et seqq.*

§. 1201.

ff. l. 22. tit. 6. Cod. l. 1. tit. 18. Si defunctus in ultima voluntate certam pecuniae quantitatem, aut certas res sibi deberi significaverit, assertio haec debitum per se non probat (1); *exemplo enim perniciosum est*, subjicit Imperator, *ut ei scripturae credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit* (2): si tamen testator affirmet sibi quid deberi ab uno ex haeredibus, et illud in haereditariam ejus portionem velit imputari, puta quae pater impendit in studia filii, fidem huic assertioni adhibendam esse, ut tanto minus capiat ex haereditate, quantum pater asseruit impensum, putat Voetius (3). Plane in hac re sola spectanda est voluntas patris, qui et filium in minori portione instituere potuisset.

(1) *L. Rationes* 6. *cod. de probat.* (4. 19.)

(2) *L. Exemplo* 7. *cod. eod. tit.*

(3) *Voet in ff. hoc tit. num. ult. in fin.*, *Argum. l. Quae pater* 50. *ff. famil. erciscund.* (10. 2.)

§. 1202.

Post explicatas diversas probationum species commodissimus est, atque opportunus de exceptionibus dicendi locus. Sed quia in Pandectis post ordinarias probationes, quae per testes, vel instrumenta fiunt, agitur de juris et facti ignorantia, propter ignorantiam, ut aliqui putant, facti, quae loco probationis, vel praesumptionis est (1) (quamquam in Codice titulus hic relatus est propter ignorantiam juris post alias juris species), summatim idcirco trademus, quae de utraque ignorantia, ejusque effectibus scire praestat.

(1) *L. In omni parte* 2., *et passim ff. de jur., et fact. ignorant.* (22. 6.)

TITULUS XXIII.

De juris, et facti ignorantia.

Digest. lib. 22. tit. 6. / Cod. lib. 1. tit. 18. } *De jur., et fact. ignorant.*

SUMMARIA.

Ignorantia est defectus cognitionis, quo fit, ut ignorans a judicando abstineat. Quo differat ab errore, et dubitatione? §. 1203.

Ignorantia juris est, vel facti: vincibilis, vel invincibilis. §. 1204.

Quaenam sit ignorantia invincibilis, seu inculpabilis; quaenam vincibilis? §. 1205.

Ignorantia affectata dicitur, cum quis affectat, seu consulto negligit scire, quae facienda sunt, ut pro arbitrio agat. §. 1206.

Ignorantia juris naturalis quoad prima illius principia, et proximas conclusiones non excusat a crimine. §. 1207.

Quid de conclusionibus juris naturalis remotioribus? §. 1208.

Ignorantia juris civilis universalis excusationem non praestat. Quid de jure civili particulari? §. 1209., *et* 1210.

Minores excusat juris ignorantia tum in lucro, tum etiam in damno. §. 1211.

Foeminas in quibusdam caussis juris ignorantia excusat. §. 1212.

Quinam sint casus in jure expressi, in quibus mulierum ignorantia excusationem habeat? §. 1213.

An ignorantia juris civilis noceat mulieri, quae se ipsam detulerit, atque ei, quae commiserit incestum solo civili jure, non gentium prohibito? §. 1214.

ff. l. 22. tit. 6. Cod. l. 1. tit. 18.

Rustici propter juris civilis ignorantiam aliquando a poena excusantur, si jus tale sit, quod facile ignoratum a rusticis praesumi possit. §. 1215.

Ignorantia juris civilis in pluribus casibus excusationem militibus praestat. §. 1216.

Quid si malitia in minoribus aetatem superet, vel mulier dolo fidejusserit? §. 1217.

Ignorantia juris civilis excusare potest a poena personas etiam, quibus jus ignorare non permittitur. §. 1218.

Ignorantia juris non nocet suum petentibus, seu in damnis amittendae rei suae. §. 1219.

Ignorantia juris non nocet illi, qui rem suam ab alio possessam vindicat, licet errore juris prius existimaverit, eam possessoris esse. §. 1220.

Legata juris errore soluta ultra dodrantem neutiquam repeti possunt. §. 1221.

Ignorantia juris non prodest acquirere volentibus, ne foeminis quidem, utique vero minoribus. §. 1222.

Error facti sive in delictis, sive in civilibus negotiis, sive agatur de damno vitando, sive de lucro captando, excusationem praebet. §. 1223.

Error non tantum impedit, ne factum noceat, sed et efficit, ut aliquando prosit. §. 1224.

Ignorantia supina, vel crassa excusationem non praestat, neque legum indulgentiam meretur, qui solus ignorat, quod omnes in civitate sciunt. Quid de ignorantia affectata? §. 1225.

§. 1203.

Ignorantia, quae ab errore, et dubitatione distinguitur, describi potest defectus cognitionis, quo fit, ut ignorans a judicando abstineat: error vero continet assensum falsae propositioni datum; errans enim judicat, sed male, quia judicat contra veritatem. Dubitatio proximior est ignorantiae, quam error; quippe dubitans rei conditiones aliquas perspectas habet, sed non omnes, vel non satis plene, ut ad judicium progredi possit: varii autem sunt dubitationis gradus: qui enim dubitat, aliquando ad unam, aliquando ad aliam partem magis, vel minus flectitur pro rationum, quibus movetur, pondere.

§. 1204.

Multiplex afferri solet ignorantiae divisio: 1. Ratione habita rei, quae ignoratur, alia juris est, alia facti (1): 2. Pront est in homine ignorante, alia dicitur invincibilis, alia vincibilis. Ignorantia juris est ignorantia legum sive naturalium, sive humanarum, veluti si quis ignoret, septem testes idoneos ad vim testamentorum desiderari: facti, veluti si quis sciens solemnitatem hanc in testamentis requiri, ignoret tamen aliquem ex testibus vitio laborare, quo prohibetur, ne testimonium dicat; vel si quis matrimonium cum affine interdictum sciat, sed ignoret, affinem esse personam, cum qua nuptias contraxit (2).

(1) *L. 1. in princip., et passim ff. hoc tit.*

(2) *V. l. 1. §. 1., et seqq. ff. hoc tit.*

§. 1205.

Ignorantia invincibilis, seu inculpabilis illa est, quae communibus naturae, vel gratiae auxiliis superari nequit. Vincibilis, quae iisdem auxiliis vinci potest: posterior rursus dividitur in simplicem, et crassam, seu supinam, cui addi potest affectata. Simplex ignorantia vincibilis in eo est, qui aliquam adhibet diligentiam, ut ad veritatis cognitionem perveniat, non tamen sufficientem: crassa, seu supina ignorantia laborat, qui nulla, vel fere nulla utitur diligentia; *facti ignorantia*, apposite ad hanc rem Paulus, *ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur; quid enim, si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis accipiendam: verum ejus, qui, eam rem diligenter inquirendo, notam habere possit* (1). Quibus verbis Jureconsultus vincibilem ab invincibili ignorantia discernit; atque varios vincibilis ignorantiae gradus distinguit.

(1) *L. Regula est 9. §. Sed facti 2. ff. hoc tit.*

ff. l. 22. tit. 6. Cod. l. 1. tit. 18.

§. 1206.

Paulo consentit Ulpianus, ex quo *nec supina ignorantia ferenda est, ut nec scrupolosa inquisitio exigenda*, quia scientia aestimanda sit, *ut neque negligentia crassa, aut nimia securitas satis expedita sit, neque delatoria*, seu qualem habere solent delatores, *curiositas exigatur* (1). Postremo affectata dicitur ignorantia, cum quis affectat, seu consulto negligit scire, quae facienda sunt, ut pro arbitrio agat.

(1) *L. Nec supina* 6. *ff. hoc tit.*

§. 1207.

De diversis ignorantiae speciebus inquirendum est, an, et quibus casibus excuset. Atque, ut a juris ignorantia exordiamur, si ea juris naturalis sit, quoad prima illius principia, et proximas conclusiones, non autem quoad remotas, non excusat a crimine; quia nec prima principia, puta ne quis alteri faciat, quod sibi fieri non vult, et proximae conclusiones, ne homicidium, ne furtum fiat, invincibiliter ignorantur (1): idem dicendum de religione erga Deum, pietate erga patriam, et parentes (2). Hinc poena incestus punitur, qui nurum, novercam, aut privignam cognoverit, licet juris errorem alleget (3).

(1) *L.* 1. §. *ult. ff. de justit., et jur.* (1. 1.)

(2) *L. Veluti erga Deum religio* 2. *ff. eod. tit.*

(3) *L. Si adulterium* 38. *princip., et junct.* §. *Quare* 2. *ff. ad leg. Jul. de adulter.* (48. 5.)

§. 1208.

Aliud dicendum de conclusionibus juris naturalis remotioribus; in quibus dari potest ignorantia invincibilis; ut ex eo patet, quod viri doctrina, nec non pietate praestantes in contrarias abeant sententias, licet omnem adhibuerint diligentiam, ut veritatem assequerentur. Hinc quidam existimant, judicem posse accusatum condemnare secundum allegata, et probata, licet certo sciat, eum innoxium esse: negant alii. Idem esto judicium de quaestione, an matrimonium inter quasdam personas arcto sanguinis vinculo conjunctas permissum sit, an jure naturali prohibitum.

§. 1209.

Quoad jus civile attinet, distinguendum est, an sit universale, quod in toto imperio viget, an particulare, quod in aliqua tantum ditionis parte servatur, veluti peculiaris consuetudo, singulare statutum. Ignorantia juris universalis excusationem non praestat, cum subditi omnes curare debeant, ut leges perspectas habeant, atque praescripto earum manifestius cognito, inhibita declinent, praecepta adimpleant (1), non secus ac principum generales constitutiones, quas ignorare, vel dissimulare nemini concessum est (2).

(1) *L. Leges sacratissimae* 9. *cod. de legib.* (1. 14.)

(2) *L. penult. cod. hoc tit.*

§. 1210.

Idem dicendum de jure particulari, puta statuto, quoad cives, seu incolas illius loci, quo statutum, vel singularis consuetudo viget; jus hoc incolis aeque notum esse debet, ac caeteris civibus jus universale pro toto imperio latum (§. praeced.), atque cives operam dare debent, ut loci sui leges perspectas habeant (1): sed in civibus alterius loci ignorantia facile excusationem habet, licet juris alioquin periti sint, et esse debeant; nec enim scire tenentur leges, quibus non tenentur obtemperare (2). Facilius excusationem habere potest ignorantia edicti, quod ex tempore, atque ex singularibus adjunctis feratur (3).

(1) *Argum. d. l. Leges sacratissimae* 9. *cod. de legib.* (1. 14.)

(2) *Argum. a contrario d. l.* 9.

(3) *V. Osac. decis.* 71., *ubi de edicto, quo cautum fuerat, ut grana habentes intra certum tempus profiteri tenerentur.*

§. 1211.

Quaedam tamen personae sunt, quibus permissum est jus ignorare, seu quibus juris ignorantia non imputatur aetatis, aut sexus imbecillitate, vel militiae favore. Aetatis favor excusat impuberes, et minores (1), non tantum in damno, sed etiam in lucro, quo foeminis praestant (2); ita ut si minores juris errore mutuam pecuniam dederint filiofamilias, repetere possint, non obstante Senatusconsulto Macedoniano (3); atque a muliere fidejubente exigere possint, si debitor solvendo non sit, quin eis obstet exceptio Senatusconsulti Vellejani (4).

ff. l. 22. tit. 6. Cod. l. 1. tit. 18.

(1) *L. Regula est* 9. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Quamvis* 11. *cod. hoc tit.*
(3) *L. Verum* 11. § *ult. ff. de minorib.* (4. 4.)
(4) *L. Si apud minorem* 12. *ff. eod. tit.*

§. 1212.

Foeminis quoque propter infirmitatem sexus concessum fuit, ut civile jus impune ignorent, non tamen in omnibus, sed *in quibusdam caussis* tantum (1), quae legibus expressae sunt (2); ita ut in caeteris jure pro maribus constituto utantur, nisi forte minoris aetatis auxilio juventur (3), vel aequitas, et sexus imbecillitas aliud suadeat (4).

(1) *L. Regula est* 9. *in princip. ff. hoc tit.*
(2) *L. ult. cod. hoc tit.*
(3) *L. Si emancipata* 3., *l. Quamvis* 11. *cod. hoc tit.*
(4) *Argum. l. Neque leges* 10., *et seqq. ff. de legib.* (1. 3.)

§. 1213.

Quatuor autem sunt casus in jure expressi, in quibus mulierum ignorantia excusationem habet. 1. Si ex sua fidejussione solverint ignorantes Senatusconsulti Vellejani beneficium, et solutum tamquam indebitum repetere velint (1). 2. Si mulier legis prohibitionem ignorans sibi adscripserit dictante filia, vel matre (2): quod et ad patrem dictantem rationis identitas, imo potior ratio extendendum demonstrat, ne in poenam legis Corneliae de falsis incidat (3).

(1) *L. Quamvis mulier* 9. *cod. ad Senat. Consult. Vellejan.* (4. 29.)
(2) *L. Divus Claudius* 15. §. *Matri* 4., *et seqq. ff. ad leg. Cornel. de fals.* (48. 10.)
(3) *Illud quaesitum* 32. *ff. ad leg. Aquil.* (9. 2.)

§. 1214.

Idem favor, ne juris civilis ignorantia noceat, tributus fuit mulieri, quae se ipsam detulerit (1): nec non ei, quae commiserit incestum solo civili jure non gentium prohibito (2): porro jure gentium incestum committit, ait Paulus, qui uxorem ducit ex gradu ascendentium, vel descendentium: qui vero ducit consanguineam ex latere vel affinem, civilis juris incestus reus fit (3): vel quae actionem litigatura non ediderit (4): et similibus casibus, quibus sexus infirmitas commiserationem meretur.

(1) *L. Ex quibusdam* 2. §. *ult. ff. de jur. fisci* (49. 14.)
(2) *L. Si adulterium* 38. §. *Quare* 2. *ff. ad leg. Jul. de adult.* (48. 5.)
(3) *L. ult. ff. de rit. nuptiar.* (23. 2.)
(4) *L.* 1. §. *ult. ff. de edend.* (2. 13.)

§. 1215.

Rustici quoque propter juris civilis ignorantiam aliquando a poena excusantur, si jus tale sit, quod facile ignoratum a rusticis praesumi possit: puta si rusticus, non dolo, sed simplicitate corruperit album praetoris (1): si in jus vocatus statim non venerit (2), si litigaturus non ediderit actionem, qua uti vult (3); atque aliis similibus casibus, prout judici, singulis personae, et rerum adjunctis pensatis aequum videbitur.

(1) *L. Si quis id* 7. §. *Doli* 4. *ff. de jurisdiction.* (2. 1.)
(2) *L. Ex quacumque* 2. §. 1. *ff. Si quis in jus vocat. etc.* (2. 5.)
(3) *D. l.* 1. §. *ult.* §. *de edend.* (2. 13.)

§. 1216.

ff. l. 22. tit. 6. Cod. l. 1. tit. 18. Postremo militiae favor legislatores movit, ut ignorantia juris civilis militibus excusationem in pluribus casibus praestet; puta si miles allegationes sibi competentes omiserit (1): si haereditatem adierit, non implorato beneficio inventarii, nec tamen ultra vires haereditatis tenetur (2): si in testamento sibi adscripserit, a poena excusatur (3): si tempus adeundae haereditatis errore juris praeterlabi passus sit (4): atque etiam milites a poena commissi ob omissas professiones excusantur (5). Si tamen miles degat in loco, ubi copia juris peritorum est, nec armis admodum occupatus sit, vix est, ut ignorantia juris excusetur (6).

(1) *L. 1. cod. hoc tit.*
(2) *L. ult. §. ult. cod. de jur. deliberand.* (6. 30.)
(3) *L. penult. cod. de his, qui sibi adscrib.* (9. 23.)
(4) *L. Regula est 9. §. 1. ff. hoc tit.*
(5) *L. Omnibus 3. cod. de vectigalib., et commiss.* (4. 61.)
(6) *Argum l. Regula est 9. §. Sed juris 3. ff. hoc tit.*

§. 1217.

Minores igitur, mulieres, rustici, milites ob juris civilis ignorantiam a poena immunes saepe sunt; in quo tamen versatur prudens judicis arbitrium; si enim malitia in minoribus aetatem superet (1), si mulier dolo fidejubeat, ignorantia, quam temere allegent, juvari non debet (2); quemadmodum nec prodesse aequum est rusticis, aut militibus: atque judicis est definire, an rustici ignorantia talis sit, quae excusationem mereatur.

(1) *L. Si ex caussa 9. §. Nunc videndum 2. ff. de minorib.*
(2) *L. Et primo 2. §. Sed ita 3. ff. ad S. C. Vellejan.* (16. 1.)

§. 1218.

Quinimmo juris civilis ignorantia etiam favet personis minime exceptis; cum enim ignorantia excludat dolum, nisi affectata sit, vel forte crassa, et supina, excusare quoque debet a poenis, quae ob dolum infliguntur; ita ut levioribus poenis ignorans reus subjiciatur. Hinc ex Justiniano, si quis sine dolo malo rem suam ab alio possessam per vim rapuerit, putans hoc domino licere, re quidem sua privatur, sed immunis est a poena quadrupli (1).

(1) §. 1. *instit. de vi bonor. raptor.* (4. 2.)

§. 1219.

Quae hactenus diximus, praecipue pertinent ad poenam adversus legum violatores, etiam errore juris lapsos, praestitutam, quae tamen aliquando remittitur minoribus, mulieribus, militibus, et rusticis. Si vero de negotiis civilibus agatur, non eadem per omnia a Romanis prudentibus regula statuitur: ait quidem generatim Paulus: *juris ignorantiam cuique nocere* (1): sed Papinianus generalem hanc sententiam explicat, ajens, juris ignorantiam non nocere *suum petentibus* (2), seu in *damnis amittendae rei suae* (3): adeoque reliquum est, ut tantum noceat in damnis rei jam amissae, seu cujus dominium jam translatum sit, atque ita restringenda generalis nimium Pauli sententia (4).

(1) *L. Regula est 9. ff. hoc tit.*
(2) *L. Juris ignorantia 7. ff. hoc tit.*
(3) *L. Error facti 8 ff. hoc tit.*
(4) *In D. l. 9. in princ. ff. hoc tit.*

§. 1220.

Igitur ignorantia civilis juris non nocet illis, qui suum petunt, seu qui certant de vitando damno, quod nondum passi sunt (§. praeced.). Hinc potest qui rem suam ab alio possessam vindicare, licet errore juris prius existimaverit, eam possessoris esse, puta jure usucapionis, quam breviori tempore ad usucapiendum non sufficiente tenue-

rit: quia certat de re, seu rei dominio non amittendo: praecipuo favore digna semper visa est eorum conditio, qui de damno vitando certant (1). ff. l. 22. tit. 6. Cod. l. 1. tit. 18.

(1) *L. Quod autem* 6. §. *Simili modo* 11. *ff. quae in fraud. creditor.* (42. 8.)

§. 1221.

Sed ex Romanarum legum sententia juris ignorantia nocet in damnis amissae rei, idest si quis per errorem juris suae rei dominium in alterum transtulerit, amplius repetere nequit. Hinc traditur, soluta ultra dodrantem juris errore legata neutiquam repeti posse (1), et generatim repetitionem denegari eorum, quae per juris errorem soluta sint (2), quasi donata (3): quod tamen restringendum ad ea, quae jure naturali debita essent, supra demonstravimus (§. 584., et seqq.)

(1) *L. Regula est* 9. §. *Si quis* 5. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Cum quis jus* 10. *cod. hoc tit.*
(3) *L. Cujus per errorem* 53. *ff. de reg. jur.*

§. 1222.

Plane aequitati omnino consentanea est altera juris regula, qua traditur, juris ignorantiam non prodesse acquirere volentibus (1), veluti in usucapione (2); nec foeminis quidem (3), utique vero minoribus (4), puta ad adeundam post constitutum adeundi tempus haereditatem (5): major aetatis, quam sexus ratio habita est.

(1) *L. Juris ignorantia* 7. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Juris ignorantiam* 4. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Error facti* 8. *ff. hoc tit.*
(4) *L. Quamvis* 11. *cod. hoc tit.*, *l. Non omnia* 44. *ff. de minorib.* (4. 4.)
(5) *L. Quod si minor* 24. §. *Scaevola* 2. *ff. eod. tit. de minor.*

§. 1223.

Error facti, sive in delictis, sive in civilibus negotiis, sive agatur de damno vitando, sive de lucro captando, excusationem praebet (1); quia facta etiam a prudentissimis viris facile ignorantur (2), atque generatim praesumitur ignorantia facti alieni (3), non sui; quisque enim scire praesumitur, quod gessit, nisi forte longioris temporis mora jam intercesserit, ut oblivio facilis sit (4).

(1) *L. Error facti* 8. *ff. hoc tit.*, *l. Error* 7. *cod. hoc tit.*
(2) *L. In omni parte* 2. *ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 2., *junct. l. Plurimum interest* 3. *ff. hoc tit.*
(4) *L. Cum fideicommissum* 7. *ff. de confessis* (42. 2.)

§. 1224.

Non tantum impedit error, ne factum noceat, sed et efficit, ut aliquando prosit: puta error facti, quo quis credit rei dominum esse eum, a quo comparavit, prodest ad illius dominium usucapione acquirendum (1): sed ut error usucapienti prosit, factum aliquod praecessisse oportet; si enim quis existimaverit, se rem emisse, non tamen emerit, non usucapiet; nisi justam caussam erroris habeat, veluti si mandaverit procuratori, ut emeret; atque procurator ei persuaserit, se emisse (2).

(1) *L. Juris ignorantiam* 4. *ff. hoc titul.*
(2) *L. Quod vulgo* 11. *ff. pro emptore* (41. 4.)

§. 1225.

Quod dicimus, errorem facti non nocere (§. 1223.), immo etiam prodesse (§. praeced.), de errore probabili accipiendum est: ignorantia supina, vel crassa excusationem non praestat (1); *quid enim, si omnes in civitate sciant*, apposite Paulus jureconsultus, *quod ille solus ignorat?* (2); legum indulgentiam non meretur, qui tali laborat ignorantia: multo minus excusat ignorantia affectata (§. 1206.); alioquin ignorans ex dolo suo emolumentum referret; quod recte rationi adversatur (3). Sed de his satis. Sequitur disputatio de exceptionibus, quae adversus actoris probationes a reo plerumque objiciuntur.

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 36.

(1) *L. Nec supina 6. ff. hoc tit.*
(2) *L. Regula est 9. §. Sed facti 2. ff. hoc tit.*
(3) *L. Non fraudantur 134. §. 1. ff. de reg. jur.* (50. 17.)

TITULUS XXIV.

De exceptionibus.

Instit. lib. 4. tit. 13. *De exceptionib.*
Digest. lib. 44. tit. 1. *De exceptionib., praescriptionib., et praejudiciis.*
Codic. lib. 8. tit. 36. *De exceptionib., seu praescriptionib.*

SUMMARIUM.

Quae sint de exceptionibus tractanda? §. 1226.

§. 1226.

De exceptionibus generatim in hoc titulo haec sunt investiganda. 1. Quid sit exceptio; quo differat ab actione, et replicatione. 2. Quae sint exceptionum diversae species. 3. Quibus prosint exceptiones, seu per quos objici possint, et quibus casibus. 4. Quo tempore objici in judicio debeant. 5. Quis sit oppositae exceptionis effectus. 6., et postremo explicabimus, quid praescriptionum, et praejudiciorum nomine, de quibus inscriptus est titulus Digestorum, intelligatur.

CAPUT I.

Quid et quotuplex sit exceptio.

SUMMARIA.

Exceptio nihil aliud est, quam exclusio actionis summo jure competentis, seu propositio excludens intentionem actoris. §. 1227.

Exceptio nulla stricte datur sine actione summo jure valida, quae et in judicium deducta sit. §. 1228.

An debitor hodie neque conventus, neque diffamatus judicem adire possit, ut pronunciet, exceptionem ipsi competere adversus creditorem? §. 1229.

Exceptio differt ab actione; neque sub actionis verbo continetur, nisi latissimo sensu. §. 1230.

Exceptiones perpetuae sunt, licet actio ex eadem caussa descendens temporalis sit. §. 1231.

Reus diversis defensionibus, seu exceptionibus simul uti potest, quamvis diversae sint, nisi lex impediat: actor una tantum actione ejusdem rei nomine. Quid si exceptiones contrariae sint? §. 1232., et 1233.

Reus apud nos in prima comparatione proponere debet exceptiones suas, actor simul petitiones suas. §. 1234., et 1235.

Cum exceptiones a reo allegatae justae non sunt, alia allegatione opus est ex parte actoris, quae replicatio vocatur. §. 1236.

Replicatio nihil aliud est, quam exceptio actori competens, ut rei exceptiones excludere possit. §. 1237.

Exceptiones dividuntur in civiles, et praetorias: peremptorias, et dilatorias: reales, et personales: praejudiciales, et non praejudiciales: juris, et facti. §. 1238.

Civiles exceptiones sunt, quae descendunt ex legibus, vel iis, quae legis vicem obtinent; praetoriae, quas praetor pro sua jurisdictione introduxit. §. 1239.

Peremptoriae dicuntur, quae semper agentibus obstant, et semel oppositae actionem perpetuo excludunt. §. 1240.

Exceptiones dilatoriae, et temporales sunt, quae actionem non excludunt, sed ad tempus tantummodo differunt. §. 1241.

Personae judicium constituentes aliae dicuntur principales, accessoriae aliae. Quaenam sit exceptio, quae ex persona judicis competere potest? §. 1242.

Quaenam exceptiones peremptoriis contineantur, et quae ad dilatorias referantur? §.* 1243., *et* 1244.

Exceptio ordinis, seu excussionis fidejussoribus competens dilatoria, vel peremptoria esse potest. §. 1245.

Exceptio falsi procuratoris peremptoria est, si objiciatur defectus mandati: dilatoria si obstet personae conditio. §. 1246.

Quaenam sint exceptiones reales, quaeve personales? §. 1247.

Exceptiones mixtae appellantur, quae partim in rem, partim in personam sunt, seu quae tum caussae, tum personae cohaerent. §. 1248.

Exceptiones praejudiciales sunt illae, quarum una alteri praejudicium infert. §. 1249.
Quae sint hujusmodi exceptionum exempla? §. 1250., *et* 1251.

Actor impugnare non tenetur diversas simul rei exceptiones; atque petere potest, ut imprimis definiantur exceptiones, quae aliis praejudicium inferunt. §. 1252.

Exceptiones facti sunt, quibus negatur, actionem ullam actori competere: juris exceptiones supponunt actionem summo jure validam, sed aequitate elidendam. §. 1253.

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 36.

§. 1227.

Exceptio, si strictam juris Romani rationem inspiciamus, definienda est, exclusio actionis summo jure competentis, seu proposito rei excludens intentionem actoris (1); aliquando enim contingit, ut actor, summo jure inspecto, vincere debeat; aequitate tamen prae oculis habita, reo favendum sit (2): puta si reus, metu coactus, vel dolo inductus stipulanti promiserit, quod promittere non tenebatur (3).

(1) *L. Exceptio 2. ff. hoc tit.*
(2) *Princip. instit. hoc tit.*
(3) §. 1. *instit. hoc tit.*

§. 1228.

Cum exceptio a reo objiciatur, ut excludat intentionem actoris, sponte sequitur, nullam dari exceptionem sine actione summo jure valida, quae et in judicium deducta sit; nec enim excludi potest intentio ejus, qui actionem nullam habet, vel eam in judicio non allegat. Atque hinc nec exceptio non numeratae pecuniae opponi potest intra biennium creditori ex chirographo non agenti; sed tantum licet debitori querelam apud judicem adversus fictum creditorem manifestare, si hic absens sit, quo exceptio post statutum biennii tempus salva permaneat (1); vel a praesente falso creditore chirographum obligationis condicere (2).

(1) *L. In contractibus* 14. §. *ult. cod. de non numerat. pecun.* (4. 30.)
(2) *L. ult. cod. de condiction. ex leg.* (4. 9.)

§. 1229.

Hodiernis tamen fori moribus obtinet, si quibusdam assentimur, ut debitor neque conventus, neque diffamatus judicem adire possit, ejus officium imploraturus, ut pronunciet, vocato utique adversario, ipsi exceptionem competere, atque liberum esse ab actione, quae creditori adversus ipsum aliquando competiit, vel competere possit (1), quod aequitate suadente receptum fuit, ne quis in perpetuum de juribus suis tuendis sollicitus esse cogatur.

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. num. 2. fer. in princip.*

§. 1230.

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 36.

Exceptio differt ab actione, ita nt sub actionis verbo non contineatur (1): quamquam actionis late sumpto nomine exceptiones venire possunt, quatenus agere etiam videtur is, qui cxceptione utitur; cum cxcipiendo actor fiat, quia exceptionem suam reus, non secus ac actor actionem, seu actionis fundamentum probare tenetur (2).

(1) *L. Verbum* 8. §. 1. *ff. de V. S.* (50. 16.)

(2) *L.* 1. *ff. hoc tit.*

§. 1231.

Exceptiones perpetuae sunt, licet actio ex eadem caussa descendens temporalis sit (1); quia, ut scite animadvertit Paulus, actor quidem in sua potestate habet, quando utatur suo jure; is autem, cum quo agitur, non habet potestatem, quando conveniatur, atque excipiat (2).

(1) *L. Licet* 5. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Pure mihi* 5. §. *ult. ff. de dol. mal., et met. exception.* (44. 4.)

§. 1232.

Praeterea reo licet pluribus defensionibus, seu exceptionibus simul uti, quamvis diversae sint (1), nisi lex impediat (2): puta jurisjurandi, et pacti de non petendo (3): contra actor una tantum actione ejusdem rei nomine, si plures concurrant, uti potest ex jure Romano (4); nisi incertum sit, qua actione experiri liceat, vel de possessorio simul, et petitorio judicio instituendo apud eundem judicem sermo sit (§. 338.): quamquam usu fori ex sanctione juris canonici receptum, ut plures actiones simul cumulare liceat, nisi contrariae sint (§. 339., et 340.)

(1) *L. Nemo prohibetur* 8. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Nemo ex his* 43. *ff. de reg. jur.*

(3) *L. Is, qui dicit* 5. *ff. hoc tit. l. In exceptionibus* 19. *ff. de probationib.* (22. 3.)

(4) *D. l.* 43. §. 1. *ff. de reg. jur.*

§. 1233.

Exceptiones diversae simul proponi possunt, nisi lex impediat (§. praeced.); prout justa ratione vetitum, ne quis simul excipiat, socium non esse, et gaudere beneficio competentiae (1); neve fidejussor, qui se fidejussisse neget, divisionis beneficio gaudeat (2), neve quis simul excipiat solutionem, et neget numeratam sibi fuisse pecuniam (3). Ex quo patet, diversas quidem exceptiones simul objici posse, non tamen contrarias, licet id aliqui affirment.

(1) *L. Si unus* 67. §. *ult. ff. pro soc.* (17. 2.), *l. Sed hoc ita* 22. §. 1. *ff. de re judicat.* (42. 1.)

(2) *L. Si dubitet* 10. §. 1. *ff. de fidejussorib.* (46. 1.)

(3) *Auth. Contra, post l.* 4. *cod. de non numerat. pecun.* (4. 30.)

§. 1234.

Romano juri, et fori usui (§. 1231.) superadditum est municipali, qua utimur, lege; cum non tantummodo concessum, sed praescriptum, ut reus in prima, nt ajunt, comparitione, seu vadimonii praestatione teneatur proponere exceptiones suas, et simul producere, et deducere, quidquid ad illarum probationem necessarium est (1); atque actori eadem injuncta est obligatio, ita ut distincte proponere debeat in primo libello petitiones suas, et simul producere, deducere, et requirere, quidquid ad eas firmandas prodesse potest (2).

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 6. §. 2.

(2) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 5. §. 1.

§. 1235.

Sed quid dicendum, si reus, et actor huic legi non paruerint? Nullum ne erit judicium, et sententia deinceps prolata? Nequaquam (1); sed omissa in primo libello ab

actore, vel reo in judicii progressu allegari possunt; etenim ex communi, et aequiori sententia, nullum quidem est, quod fit contra legem prohibentem (2); non quod fit contra disponentem, seu quae judicii modum, et seriem disponit, nisi lex ita nominatim praescribat, vel appareat dispositionis modum ad necessariam solemnitatem pertinere.

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 36.

(1) *V. Pratic. legal. part.* 2. *Tom. II. pag.* 358. §. 10., *et seqq.*

(2) *L. Non dubium* 5. *princip.*, *et* §. 1. *cod. de legib.* (1. 14.)

§. 1236.

Quia exceptiones a reo allegatae non semper justae sunt, idcirco alia allegatione opus est ex parte actoris, *quae replicatio vocatur; quia per eam replicatur, atque resolvitur jus exceptionis* (1): puta si primum pactus sit creditor cum debitore, ne ab eo petat, sed deinceps rursum convenerit, ut petere liceat; debitoris prius pactum objicientis exceptio pacti posterioris replicatione ab actore eliditur (2).

(1) *Princip. institut. de replicationib.* (4. 14.), *l. Exceptio* 2. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *D. princip. institut. de replicat.*

§. 1237.

Ex his patet, replicationes nihil aliud esse quam exceptiones actori competentes, ut rei exceptiones excludere possit (1). Si replicatio minus aequa sit, reo competit adversus illam alia exceptio, quae duplicatio a Justiniano (2), triplicatio ab Ulpiano (3) vocatur; utroque nomine appellari potest, prout prima rei exceptio computatur, vel ab actoris exceptione initium sumitur: atque rursus actor adversus iniquam duplicationem rei habet aliam exceptionem, quae triplicatio vocanda est, vel quadruplicatio, et ita deinceps (4): parum interest de nomine, dummodo de re constet.

(1) *D. l.* 2. §. 1., *l. Exceptio* 22. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) §. 1. *institut. de replicat.*

(3) *D. l.* 2. §. *Sed et contra* 3. *ff. hoc tit.*

(4) §. *Et si rursus* 2. *institut. de replicat.*, *d. l.* 2. §. 3. *ff. hoc tit.*

§. 1238.

Triplex exceptionum divisio a Justiniano traditur. Prima est in civiles, et praetorias (1). Altera in peremptorias, seu perpetuas, atque dilatorias, seu temporales (2). Tertia exceptionum divisio est in reales, et personales (3), ad quas referuntur mixtae quaedam exceptiones. His divisionibus aliqui quartam adjiciunt in exceptiones praejudiciales, et non praejudiciales, juris, et facti.

(1) §. *Quarum quaedam* 7. *instit. hoc tit.*, *l. Exceptio* 2. §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) §. *Appellantur autem* 8. *instit. hoc tit.*

(3) §. *ult. instit. de replicationib.* (4. 14.)

§. 1239.

Civiles exceptiones dicuntur, quae descendunt ex legibus, vel iis, quae legis vicem obtinent, nimirum constitutionibus Principum, Senatusconsultis, et plebiscitis. Praetoriae sunt, quas praetor pro sua jurisdictione introduxit. Ex legibus descendit exceptio rei judicatae: ex Principum constitutionibus, quae competunt ex caussa praescriptionis triginta, vel quadraginta annorum. Senatusconsultis accepto feruntur exceptiones Senatusconsulti Trebelliani, Macedoniani, et Vellejani. Ex plebiscitis profluit exceptio legis Falcidiae. Praetoriae exceptiones sunt, quae competunt metus caussa, pacti, doli, jurisjurandi.

§. 1240.

Peremptoriae exceptiones, quae omnes perpetuae sunt, praeter exceptionem non numeratae pecuniae, quam Justinianus biennio conclusit (1), dicuntur, quae semper agentibus obstant, et semel oppositae actionem perpetuo excludunt, quales sunt exceptiones doli mali, quod metus caussa, et pacti de non petendo (2). Haec autem duplicis sunt generis: aliae litis ingressum impediunt, nempe rei judicatae, transactionis,

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 36.

et laudi, et ideo dicuntur *litis finitae*. Caeterae non impediunt, et *litis non finitae* exceptiones vocantur (3).

(1) *L. In contractibus* 14. *cod. de non numerat. pecun.* (4. 30.)

(2) §. *Perpetuae* 9. *instit. hoc tit.*, *l. Exceptiones* 3. *ff. hoc tit.*

(3) *Cap.* 1., *et ult. extra de lit. contestat. in* 6. (2. 3.)

§. 1241.

Dilatoriae, et temporales sunt exceptiones, quae actionem non excludunt, sed ad tempus tantummodo differunt, vel ex natura sua, vel ex persona (1), seu personis judicium constituentibus. Ex natura sua dilatoriae, et temporales sunt exceptiones pacti conventi, si nempe convenerit, ne intra certum tempus petatur (2). Olim qui ante tempus petebat, jus suum amittebat, ita ut nec post constitutum tempus ei agere liceret; sed hodie ex Justiniano duplum tempus competit debitoribus ante tempus interpellatis, nec actori post hoc tempus experiri permittitur, nisi prioris litis expensis omnibus debitori restitutis (3): usu fori litis quidem impensae restituuntur, sed temporis duplicatio non viget.

(1) §. *Temporales* 10. *instit. hoc tit.*, *l. Exceptiones* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *D.* §. 10. *instit. hoc tit.*, *d. l.* 3. *ff. hoc tit.*

(3) *D.* §. 10. *in med. instit. hoc tit.*

§. 1242.

Personae judicium constituentes, vel sunt principales, vel accessoriae: principales sunt judex, actor, et reus. Accessoriae sunt procuratores, et defensores. Ex persona judicis potest competere exceptio fori minime competentis, quae speciali nomine exceptio *declinatoria* appellatur; vel suspecti judicis, qui idcirco recusatur. Ex persona actoris, vel rei, si alteruter impubes sit, vel minor sine tutore, aut curatore, qui ei assistat, vel eum defendat; vel filiusfamilias in bonis, pro quibus, non nisi auctoritatem praestante patre, agere permittitur. Procuratori objici potest, vel quod procuratoris munere generatim fungi nequeat, veluti miles, aut mulier (1), vel quod necessario mandato careat.

(1) §. *ult. instit. hoc tit.*

§. 1243.

Peremptoriis exceptionibus ex communi sententia annumerantur exceptiones doli mali, quod metus caussa, pacti de non petendo (§. 1240.), praescriptionis, Senatusconsulti Macedoniani, et Vellejani, jurisjurandi, rei judicatae, transactionis, divisionis; et si latius sumatur exceptionis verbum, solutionis, solemnis depositionis, et obsignationis pecuniae debitae, novationis, delegationis, acceptilationis, compensationis; nec non quae competunt vi sanctionum ab Imperatoribus Anatasio, et Justiniano latarum (1), apud nos inter peremptorias exceptiones referri debere, constitutum est (2), seu quibus agitur de cessione rei litigiosae.

(1) *L. Per diversas* 22., *et l. sequ. cod. mandati* (4. 35.)

(2) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 8. §. 4.

§. 1244.

Ad dilatorias vero referuntur exceptiones pacti de non petendo intra certum tempus (§. 1241.): fori non competentis, recusationis judicis, aetatis, seu legitimationis personarum, falsi procuratoris (§. 1242.), feriarum, contumaciae, veniae non impetratae, justi impedimenti, rescripti moratorii, libelli obscuri, et inepti, cedendarum actionum, satisdationis, et his similes: nec non spolii; quippequae litem non perimit, sed tantummodo differt, donec spoliatus in pristinum statum restitutus fuerit (1).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. num.* 4.

§. 1245.

Ordinis, seu excussionis exceptio, quae competit fidejussoribus, dilatoria, vel peremptoria esse potest (1): dilatoria tantum, si principalis debitor non sit solvendo; quo

ideo excusso, regressum habet creditor ad fidejussorem (2): peremptoria vero, si debitor facultatibus idoneus sit, atque solvendo; quippequo casu ad fidejussorem creditor perperam rediret (3): quare exceptio haec a quibusdam anomala dicitur.

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 36.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *def.* 1. *in princ.*

(2) *D. Novell.* 4. *cap.* 1. *fer. in princ.*

(3) *D. Novell.* 4. *cap.* 1. *in princ.*

§. 1246.

Exceptio falsi procuratoris duplex esse potest; vel quia mandatum nullum habeat is, qui se procuratorem dicit; vel quia procurator esse nequeat, qui se talem allegat, puta quia minor, miles, vel foemina. Si procuratori objiciatur defectus mandati, exceptio haec peremptoria est; quia cum eo judicium nullatenus consistit (1): sed si procuratori mandatum habenti obstet personae conditio, putat Faber, exceptionem hanc dilatoriam esse, atque ob id post litem contestatam objici posse (2): quia judicium cum his consistere possit, si ab adversario sponte admittantur, prout de minore diximus (3).

(1) *L. Licet* 24. *cod. de procuratorib.* (2. 13.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *def.* 40. *in princ.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. d. definit.* 40. *in fine.*

(3) *V. supra* §. 360., 361., *et* 362.

§. 1247.

Reales exceptiones sunt, quae caussae, vel rei cohaerent; proinde haeredibus, et fidejussoribus prosunt (1); tales sunt exceptiones pacti conventi, rei judicatae, doli mali, Senatusconsulti Macedoniani, Vellejani, et similes (2). Personales adhaerent personae, nec haeredibus, aut fidejussoribus prosunt (3); talis est exceptio beneficii, ut ajunt, competentiae, seu ne quis teneatur ultra id, quod facere potest, deducto ne egeat; vel cessionis bonorum (4).

(1) *L. In omnibus* 68., *l. Privilegia quaedam* 196. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) §. *ult. instit. de replicat.* (4. 14.), *l. Exceptiones* 7. §. 1. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 68., *et* 196. *ff. de reg. jur.*

(4) *D.* §. *ult. in med.*, *d. l.* 7. *in princip. ff. hoc tit.*

§. 1248.

Mixtae exceptiones appellantur illae, quae partim in rem, partim in personam sunt, seu quae tum caussae, tum personae cohaerent: puta exceptio minoris aetatis minorum quoque haeredibus competit, non fidejussoribus (1), nisi fidejusserint tamquam pro majore (2): beneficium competentiae, cum de restituenda dote post solutas nuptias tractatur, marito quidem datur, non vero haeredibus, si extranei sint, ut alibi diximus (3); utique vero si sui, idest liberi (4).

(1) *L. In caussae cognitione* 13., *junct. l. Minor autem* 18. §. *ult.*, *et l. sequ. ff. de minorib.* (4. 4.)

(2) *Argum. l. Si Titius* 48. §. 1. *ff. de fidejussorib.* (46. 1.)

(3) *V. Tom. V. pag.* 104. §. 370. *ad* 377.

(4) *D. Tom. V. pag.* 105. §. 377.

§. 1249.

Praejudiciales exceptiones sunt illae, quarum una alteri praejudicium infert. Fingamus, Titium tamquam Maevii haeredem conveniri ad solutionem certae quantitatis mutuo datae Maevio a Sempronio, conveniri, inquam, a Gajo, qui creditoris Sempronii se cessionarium allegat. Titius excipere potest 1. Se Maevii haeredem non esse. 2. Non satis constare de cessione, vel eam viribus destitui. 3. Actionem temporis lapsu praescriptam esse. 4. Obstare petitioni actoris Senatusconsultum Macedonianum;

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 36. quia Maevius sub patris potestate constitutus esset, cum mutuam a Sempronio pecuniam accepit (1).

(1) *L. 1., et passim ff. de S. C. Macedonian.* (14. 6.)

§. 1250.

Prima Titii exceptio praejudicialis est, quae idcirco omnium prima definiri debet; si enim Maevii haeres non sit, perperam convenitur ad solvendum aes alienum ab eo contractum, licet cessio constet, actio tempore perempta non sit, nec obligatio in Senatusconsultum Macedonianum impingat. Quod si judex, caussa cognita, pronunciet, Titium Maevii haeredem esse, non tamen statim condemnandus est, ut solvat Gajo, nisi Gajus cessionem rite factam fuisse demonstret. Prima exceptio reum conventum ab obligatione subducit, secunda jus actoris excludit.

§. 1251.

Fingamus, etiam Gaji favore, quod ad vim cessionis pertinet, pronunciatum a judice fuisse, statim succedit praescriptionis quaestio; etenim, data licet haereditaria Titii qualitate, et cessionis pro Gajo vi, nulla remanet solvendi obligatio, si temporis a lege constituti lapsu extincta sit. Postremo, si constet, nondum completum esse praescriptionis tempus, potest adhuc se defendere Titius exceptione Senatusconsulti Macedoniani (1), quae in rem est, atque haeredibus prodest (§. 1243.)

(1) *D. l. 1., et passim ff. de Senat. Cons. Macedonian.* (14. 6.)

§. 1252.

Cum reus conventus possit exceptiones omnes, quas habet, simul proponere (§. 1232.), nisi contrariae sint (§. 1233.); modo autem commemoratae exceptiones diversae quidem sint, non tamen contrariae, nemo dubitat, quominus omnibus simul uti liceat: actor tamen, ne inanibus sumptibus vexetur, jure desiderat, ut in primis definiantur exceptiones, quae aliis praejudicium inferunt; nisi forte malit omnes simul rei exceptiones impugnare, ad vitandam sententiarum multiplicitatem.

§. 1253.

Exceptiones facti quidam vocant illas, quibus negatur, actionem ullam actori competere, puta solutionis, novationis, compensationis; quia per solutionem (1), novationem (2), et compensationem ipso jure tollitur obligatio (3). Juris vero exceptiones, quae proprie hoc nomine veniunt, sunt illae, quae supponunt actionem summo jure competentem, sed quae aequitatis praesidio destituitur, puta exceptio beneficii ordinis, et divisionis pro fidejussoribus (4).

(1) *Princip. instit. quib. mod. tollit. obligat.* (3. 30.)
(2) §. *Praeterea* 3. *instit. eod. tit.*
(3) *L. Unusquisque* 2. *ff. de compensationib.* (16. 2.)
(4) §. *Si plures* 4. *instit. de fidejussorib.* (3. 21.), *Novell.* 4. *cap.* 1.

CAPUT II.

Quibus competat jus objiciendarum exceptionum, et quibus casibus.

SUMMARIA.

Exceptiones objici possunt ab illis, qui in judicio conveniuntur, et quorum interest jus actoris infirmari. Ordinis exceptio nudo detentori non competit. §. 1254.

Debitor ordinis exceptionem objicere nequit, licet possessoris defensionem suscipiat. §. 1255.

Excussionis beneficio gaudet possessor, licet debitor aliter convenerit cum creditore. §. 1256.

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 36.

Quid de creditore posteriore ab anteriore convento? §. 1257., *et* 1258.

Tertius possessor non cogitur indicare bona, quae excuti possunt, nisi prius facta per creditorem diligenti perquisitione. Quid si sponte indicaverit? §. 1259.

An judex decernere possit, ut litigatores imprimis consentiant de bonis excutiendis? Quid si quaedam prius excuti jusserit? §. 1260.

Si debitor absit, bona, quae in provincia reliquit, excuti possunt, quin curator iis detur; denuntiata tamen possessori venditione. §. 1261.

Pecunia redacta ex bonorum venditione praesumitur pervenisse ad creditores. §. 1262.

Quid si curator asserat, liberos defuncti debitoris haereditatem repudiasse? §. 1263.

Exceptio non factae excussionis denegatur creditori posteriori agenti adversus debitorem suum, si prior creditor liti interveniat. §. 1264.

Venditor ad rem defendendam evocatus exceptione excussionis ex persona emptoris uti non potest. Quid de posteriore caussam habente ab eo, qui jam alteri condemnatus fuit? §. 1265., *et* 1266.

Exceptio excussionis plerumque objici nequit odio eorum, qui bona fide, et justo titulo possident. An primus possessor condemnatus adversus posteriores quoscumque pro arbitrio agere possit? §. 1267.

Debitor principalis excutiendus est, donec certo appareat, illum non esse solvendo. Levior sufficit excussio posteriorum possessorum. §. 1268., *et* 1269.

Quae sit hujusce discriminis ratio? §. 1270.

Creditor hypothecaria reconventus exceptionem non factae excussionis habet. §. 1271.

An exceptio excussionis competat fidejussori, qui cum mercatore contraxit? §. 1272.

Quid de exceptione cedendarum actionum? §. 1273.

Exceptio de persona rei, puta quod sit haeres cum beneficio inventarii, ab allegante probanda est. §. 1274.

Exceptio doli, et simulationis competit etiam successoribus singularibus contra cessionarium atque cedentem. §. 1275.

Exceptiones, quae efficiunt judicium retro nullum, veluti defectus mandati in procuratore, a judice ex officio suppleri possunt. §. 1276.

Exceptio de jure tertii admittitur, si excludat jus agentis: nisi inde deterior fiat tertii conditio. §. 1277., *et* 1278.

Quid si exceptio haec jus agentis non excludat, nisi velit tertius, de cujus voluntate non constet? §. 1279.

Exceptio peremptae instantiae non prodest ei, qui non fecit, quod ultima judicis interlocutione facere jussus fuit. §. 1280.

§. 1254.

Exceptiones generatim objici possunt ab illis, qui in judicio conveniuntur, et quorum interest, jus actoris infirmari, non a caeteris. Hinc, ut exemplis res clarior fiat, exceptio ordinis, seu excussionis, quae tertiis possessoribus hypothecaria conventis datur (1), non juvat nudum detentorem, qui vel nullo modo possidere intelligitur, vel non sibi, sed alteri possidet, qualis est conductor, depositarius, commodatarius: quia hi non possident: sed tantum in possessione sunt (2); nec nudum possessorem, sive, qui nullam dicere potest suae possessionis caussam (3); etenim in his personis locum non habet aequitatis favor, qui pro justis possessoribus hanc exceptionem induxit. Ergo possessor, ut se defendat contra creditorem hypothecaria agentem, probare debet se bonae fidei possessorem esse, atque exhibere titulum suae possessionis (4).

(1) *Auth. Hoc si debitor post l.* 24. *cod. de pignorib.* (8. 14.)

(2) *L. Si quis ante* 10. §. 1. *ff. de acquirend. possession.* (41. 2.)

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *definit.* 3.

(4) *Fab. cod. hoc tit. def.* 31.

§. 1255.

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 1 Cod. l. 8. tit. 36.

Nec exceptione hac uti potest debitor, licet a possessore hypothecaria convento tamquam actor laudetur, atque ipse defensionem possessoris suscipiat, licet alias defensor utatur iis omnibus exceptionibus, quae reo competunt (1); cum rei vices suscipiat (2): immo nec possessor hoc beneficio uti potest, si unus sit ex debitoribus, licet in solidum actione Serviana conveniatur, quia pignoris caussa individua est (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *def.* 4. *in princip.*

(2) *L. Sed hae personae* 35. §. *Defendere* 3. *ff. de procuratorib.* (3. 3.)

(3) *L.* 1. *cod. si unus ex pluribus haeredibus* (8. 32.), *Fab. d. definit.* 4. *in fin.*

§. 1256.

Sed tertius possessor excussionis beneficio gaudet, licet creditor, cum pignoris conventio facta fuit, pactus sit, ne bonorum debitoris excussionem ullo casu facere cogeretur; quia possessor beneficium hoc a lege habet, non a debitore; nisi adjecta fuerit clausula constituti (1), ex qua creditor fit possessor (2), atque creditor Justinianeae constitutionis beneficium imploret (3): quod tamen apud nos non servari, alibi demonstravimus (4). Idem sane dicendum favore possessoris, licet inter creditorem, et debitorem convenerit, ut creditori liceat corporalem rei possessionem apprehendere, ad quemcumque pignus pervenerit (5); quia hujusmodi pactum extra dominii alienationem initum non censetur rem afficere, sed tantummodo personam contrahentium.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *definit.* 6.

(2) *L. Quod meo* 18. *ff. de acquirend. possession.* (41. 2.)

(3) *De quo in l. ult. cod. eod. tit.* (7. 32.)

(4) *V. Tom. IX.* §. 1684. *pag.* 426.

(5) *Fab. cod. hoc tit. defin.* 7.

§. 1257.

Eadem excutiendi prius debitoris exceptio competit creditori posteriori rem anteriori obligatam non nisi pignoris titulo possidenti, si ab anteriore conveniatur (1), quia vere sibi possidet, non debitoris nomine, nisi quoad caussam usucapionis (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *defin.* 17.

(2) *L. Servi nomine* 16. *ff. de usurpat. et usucapionib.* (41. 3.)

§. 1258.

Neque posteriori creditori nocet, quod prior alleget, contractam per eum antichresim in fraudem legitimarum usurarum, ita ut ex fructibus longo tempore ultra modum perceptis, atque in sortem computandis sors absorpta, et soluta videatur; dummodo alia bona sint, ex quibus creditori anteriori satisfieri possit (1); haec enim exceptio debitoris caussam respicit, non creditoris (2). Plane si alia non sint bona, ex quibus prior creditor aeque commode suum consequi possit, permittendum ei est, ut rescindat, quod perperam a debitore gestum est, quatenus indemnitatis suae ratio postulat (3); cum creditor anterior omnia debitoris bona obligata habeat; adeoque etiam jus dicendi nullum contractum usurarium a debitore celebratum (4), vel redimendi fundum; quod debitor sibi reservavit (5).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *def.* 19. *in princip.*

(2) *L. Idem juris* 3. §. 1. *ff. de V. O.* (45. 1.)

(3) *Fab. d. def.* 19. *in fin.*

(4) *L. Nomen* 4. *cod. quae res pignor.* (8. 17.), *junct. l. Bonorum* 49. *ff. de V. S.* (50. 16.)

(5) *Fab. cod. hoc tit. defin.* 21.

§. 1259.

Tertius possessor, vel quivis alius objiciens exceptionem non factae excussionis non cogitur indicare bona, quae excuti possint, nisi prius facta per creditorem diligenti

.nst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 36.

perquisitione (1); si tamen sponte indicaverit, hactenus sibi nocet, ait Faber, ne creditor alia excutere teneatur, quam quae indicata sunt, quia specialis indicatio tollat necessitatem generalis inquisitionis (2), atque verosimile sit, possessorem ea omnia indicasse, quae excuti possent, ut ex eorum venditione creditori satisfiat, atque ipse liber sit: proinde, si creditori ex excussis satisfactum non sit, possessor pati debet venditionem eorum, quae possidet, nisi paratus sit alia indicare (3): cum nihil intersit creditoris, ex quibus bonis suum consequatur (4); nec nisi in subsidium, atque necessitate impellente bona a legitimis possessoribus auferenda sint (5).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 24. defin. 18., et 25. in princip.*
(2) *Argum l. Maritus 21. cod. de procuratorib.* (2. 13.)
(3) *Fab. cod. hoc tit. d. def. 18. num. 1. et seqq., et allegat.* 4.
(4) *Argum l. Quamvis constet 2. cod. de pignor.* (8. 14.)
(5) *Auth. Hoc si debitor post l. 24. cod. eod. tit.*

§. 1260.

Potest tamen judex, si ita videatur, decernere, ut litigatores, si fieri possit, ante omnia consentiant de rei veritate, nimirum an bona aliqua sint, quae excuti possint, adjecto etiam jurejurando purgationis, et de calumnia, nisi malit possessor vacantia indicare (1): nec ulla possessori fit injuria, quia onus faciendae excussionis irrogabitur, licet non indicet, quaenam, et ubi sint (2). Plane si judex bona quaedam excuti jusserit, e quorum pretio sperabatur commode satisfieri posse creditori, nec tamen potuerit, caetera debitoris bona excutienda sunt, nulla etiam facta per possessorem indicatione, antequam tertius possessor inquietetur; quippecui jus retentionis competit, donec certum sit, bona debitoris non sufficere creditoribus dimittendis (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 24. d. defin. 25. num. 1., et seqq.*
(2) *D. Auth. Hoc si debitor, post l. 24. cod. de pignorib.* (8. 14.), *Fab. d. def. 25. in fin.*
(3) *D. Auth. Hoc si debitor, Fab. cod. hoc tit. d. def. 18. allegat.* 2. ✠

§. 1261.

Alibi diximus, cessare ordinis beneficium, adeoque excussionis exceptionem, si debitor absit, seu sit in alia provincia: posse tamen excuti bona, quae forte debitor in provincia habeat, dato bonis curatore (1): quod si bona haec ab aliquo possideantur, necesse non est, ut curator bonis detur, sed sufficit bona publice vendi, sciente possessore, eique denunciata venditione (2); ut ad licitationem accedat, si pluris ea esse arbitretur; victurus, si plus obtulerit, atque ita forte facturus, ut ex illis creditori satisfiat: nec enim creditor inanibus expensis onerandus est, dummodo possessoris conditio deterior non fiat; possessor autem aeque sibi prospicere potest, cum venditio fit sine curatore, ac eo auctoritatem praestante.

(1) *V. Tom. X. pag.* 133. §. 558., *et* 559.
(2) *Argum. l. Creditor 4., l. Quae specialiter 9. cod. de distract. pign.* (8. 28.), *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 24. defin. 26.*

§. 1262.

Si bona haereditaria, instantibus creditoribus, atque consentiente curatore, qui jacenti haereditati dari solet (1), vendita fuerint, nec appareat, pecuniam ex pretio bonorum redactam ad curatorem pervenisse, et quidam ex creditoribus agant hypothecaria adversus tertium possessorem, hic audiendus non est, objiciens exceptionem non factae excussionis (2); cum enim in venditione bonorum curator interveniat, ut pecunia creditoribus ab ipso solvatur, potius praesumitur pervenisse ad creditores de suo consequendo sollicitos, quam ad curatorem, nisi aliud probetur.

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 36.

(1) *L. Idem privilegium* 22. §. 1. *ff. de reb. auctoritat. judic. possidend.* (42. 5.), *l.* 1. *ff. de curator. bon. dand.* (42. 7.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *defin.* 27.

§. 1263.

Deneganda quoque est exceptio excussionis tertio possessori hypothecaria actione a creditoribus conveuto, si defunctus debitor decesserit pluribus quidem relictis liberis minoribus institutis, sed curator asserat, repudiasse eorum nomine paternam haereditatem, nisi possessor probet, paternam haereditatem a liberis agnitam fuisse (1); in dubio credendum est curatori, qui bona omnia administrat, et sine quo minores nihil agere possunt (2); atque ex communi sententia in dubio praesumitur damnosa haereditas a liberis etiam aetate majoribus repudiata (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *def.* 22. *in princip.*

(2) *L. Si curatorem* 3. *cod. de in integr. restitution.* (2. 22.)

(3) *Fab. cod. hoc tit. d. definit.* 22. *in fin.*

§. 1264.

Ad haec, si creditor posterior experiatur adversus debitorem suum, priorem creditorem, cui res eadem prius jure pignoris obligata fuerat, liti intervenientem, exceptione non factae excussionis repellere nequit (1); etenim exceptio haec solis competit possessoribus (2), jura autem non possidentur (3). Idem porro dicendum, licet posterior creditor possideat pecuniam exactam ex venditione bonorum, judice mandante, factam, si creditor prior jus suum ante sententiam exequi coeperit, non tamen adfuerit sententiae (4); nihil enim imputari potest in hac specie creditori anteriori, qui sibi vigilavit (5), atque improbus videtur posterior creditor, qui in lite perseverat, odio creditoris anterioris potiori jure gaudentis (6).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *defin.* 35. *in princip.*

(2) *Auth. Hoc si debitor post l.* 24. *cod. de pignorib.* (8. 14.)

(3) *L. Possideri* 3. *in princ. ff. de acquirend. possession.* (41. 2.)

(4) *Fab. cod. hoc tit. d. defin.* 35. *in med.*

(5) *L. Pupillus* 24. *ff. quae in fraud. creditor. etc.* (42. 8.)

(6) *L. Potior est* 11. *ff. qui potior. in pign.* (20. 4.)

§. 1265.

Neque venditor ad rem, quam distraxit, defendendam evocatus, uti potest ex persona emptoris exceptione excussionis (1); absurde peteret debitor, prius excuti semetipsum; hanc tamen exceptionem habet emptor tamquam tertius possessor (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *defin.* 37.

(2) *D. Auth. Hoc si debitor post l.* 24. *cod. de pignorib.* (8. 14.)

§. 1266.

Eadem exceptio denegatur illi, qui posteriorem caussam habet sive mediatam, sive immediatam ab eo, qui jam alteri condemnatus fuit (1); nec enim majus jus habere potest, quam ille, cui successit (2); cum immo neque prosit exceptio excussionis illi, qui, lite pendente, acquisivit possessionem, tametsi ea res litigiosa non sit (3); quia lite pendente nihil fieri potest, quod litigatoris conditionem deteriorem efficiat (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *defin.* 38. *in princip.*

(2) *L. Qui in jus* 177. *ff. de R. J.* (50. 17.)

(3) *Fab. cod. hoc tit. d. defin.* 38. *num.* 1., *et seqq.*

(4) *L. Vulgo receptum* 2. *ff. de usur.* (22. 1.)

§. 1267.

Plane excussionis exceptio locum habet tantum odio debitoris, non caeterorum bona fide, et justo titulo possidentium: quare creditor, excusso debitore, a quo suum consequi non potuit, non potest, si quibusdam credimus (1), a primo possessore

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 1 Cod. l. 8. tit. 36

cogi, ut excutiat possessores bonorum posteriore loco alienatorum; sed in arbitrio creditoris putant agendi adversus quemlibet possessorem rerum sibi pignoris vinculo obligatarum; aliis tamen contra opinantibus (2). Si tamen prior possessor, cui et bona omnia debitoris obligata fuerunt, condemnatus regressum habeat adversus posteriores, aequum est, ut a postremo possessore incipiat, sic deinde ad alios reversurus, si necesse sit; ne fiant de lite lites (3): dummodo probabile sit, suum a postremo consequi posse; alioquin gravibus sumptibus oneraretur adversus plures litigaturus possessor, qui aequale jus in omnia bona a debitore alienata habet (4).

(1) *L. Moschis* 47. *ff. de jur. fisc.* (49. 14.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *defin.* 42. *in princ.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. defin.* 11. *num.* 2., *et seqq.*, *Argum. l. Si quis habens* 24. *ff. qui, et a quib. manumiss.* (40. 9.)

(3) *Fab. d. defin.* 42. *num.* 3., *et seqq.*

(4) *L. Debitorem* 1. *cod. hoc tit.*

§. 1268.

Melior sane est conditio creditoris agere coacti adversus posteriores pignorum emptores, etiam in eorum sententia, qui putant, cogi posse creditorem, qui reum principalem jam excussit, ut et posteriores possessores primum excutiat, antequam priores conveniat (§. praeced.), melior, inquam, in eo, quod principalis debitor tamdiu excutiendus sit, donec certo appareat, et probetur, illum non esse solvendo, licet excussio non nisi diuturno temporis spatio fieri possit: puta agendum sit de jure detractionum ex caussa fideicommissi defuncto debitori competentium (1); nec tantum debitor, sed et illius haeres excuti debeat (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *defin.* 11. *in princip.*

(2) *D. l. Moschis* 47. *ff. de jur. fisc.* (49. 14.)

§. 1269.

Quod si creditor, post excussum principalem debitorem, agere cogatur adversus postremos possessores bonorum a debitore alienatorum; sufficit, eum contra posteriores egisse, ut docere possit, per eorum intercessionem fieri, ut suum consequi sine controversia nequeat, cum paria fere habeantur, nihil esse, quod possideatur, et nihil posse sine controversia possideri (1): nec litem prosequi tenetur aut litis finem expectare, si priores emptores eam suo periculo, suisque sumptibus usque ad sententiam prosequi paratos se offerant (2); ut in hoc saltem obtineat jus commune, ex quo post excussum debitorem possessor quilibet a creditore potest conveniri (3).

(1) *L. Quamvis possessa* 13. *ff. de reb. auctoritat. judic. possidend.* (42. 5.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *defin.* 11. *num.* 2., *et seqq.*

(3) *D. l. Moschis* 47. *ff. de jur fisc.* (49. 14.)

§. 1270.

Discriminis rationem si quaeras, cur benignius agatur erga creditorem, cum possessores rerum a debitore alienatarum excutit (§. praeced.), quam cum agit excussionis caussa adversus debitorem principalem (§. 1268.), haec afferri solet, quod imputari potest creditori, cur contraxerit cum hoc, vel illo debitore (1); nihil vero esse, quod creditori imputetur, si debitor alienaverit bona sua etiam hypothecae supposita (2); cum pignoris vinculum alienationem non impediat (3): adeoque, cum visum est quibusdam pragmaticis (4) recedere a stricto communi jure, ex quo creditor post excussum debitorem adversus quemcumque possessorem pro arbitrio agere permittitur (5), ei simul favendum censuerunt novo hoc excussionis onere (§. praeced.)

(1) *L. Qui cum alio* 19. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *d. defin.* 11. *in fin.*

(3) *L. unic. cod. rem alien. gerentib. etc.* (4. 53.)

§. 1275.

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 36.

Doli, et simulationis exceptio, cum in rem sit, quia simulationis vitium afficit rem ipsam, et facit, ut pro infecta haberi debeat (1), successoribus omnibus sive universalibus, sive singularibus competit (2); atque objici potest tum cessionario, tum cedenti, quamvis cessio ex caussa onerosa facta sit (3); contractus dolo initus viribus omnino caret, utpote non habens voluntatem contrahentium, ex qua contractus omnes aestimantur (4).

(1) *L. Si ex pretio* 6. *in fin. cod. si certum petat.* (4. 2.)

(2) *L. Exceptiones* 7. §. 1. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *def.* 16. *in princip.*

(3) *Fab. d. definit.* 16. *num.* 1.

(4) *L. In omnibus* 55. *ff. de obligat.*, *et actionib.* (44. 7.)

§. 1276.

Immo exceptiones, quae judicium retro nullum efficiunt, puta defectus mandati in procuratore (§. 1246.), a judice ex officio suppleri possunt, licet oppositae non fuerint, dummodo probentur ex inspectione actorum, atque instrumentorum litis (1): judicis ipsius interest, tum ne quid ipse perperam faciat, tum ne ab aliis coram se fieri patiatur. Nec objici potest, rem hanc facti esse, quae a judice neutiquam suppletur; etenim, praeterquamquod juris caussam admixtam habet, judici autem suppleri licet ea, quae juris sunt (2), non omnino suppletur, quod ex actis litis, atque instrumentis apparet (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *definit.* 36.

(2) *L. unic. cod. ut quae desunt advocat. part.* (2. 11.)

(3) *Argum. l. Haec sententia* 3. *codic. de sentent.*, *quae sine certa quantitat. proferunt.* (7. 46.)

§. 1277.

Si quaeratur, utrum probanda sit exceptio de jure tertii, respondemus, admittendam esse, si excludat jus agentis (1), puta de anteriore fideicommisso (2), vel si quis agat rei nomine, cujus dominium per donationem legitime insinuatam, et publicatam in alterum transtulit (3). Nec aliud dicendum, licet donatarius liti assistat, atque neget, eam rem sibi donatam fuisse; cum rerum natura ex alterius assertione non immutetur, nisi is, qui donatarius dicitur, donationem a se abdicet in donantis utilitatem, dummodo rei litigiosae donatio pendente lite non fiat (4), quam leges ratam non habent (5).

(1) *L. ult. cod. de rei vindicat.* (3. 32.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *definit.* 39.

(2) *Fab. cod. hoc tit. def.* 45.

(3) *Fab. cod. hoc tit. def.* 28. *in princ.*

(4) *Fab. d. def.* 28. *num.* 6., *et seqq.*

(5) *L. Lite pendente* 2. *cod. de litigios.* (8. 37.)

§. 1278.

Non tamen admittitur exceptio de jure tertii, si deterior inde futura sit tertii conditio (1). Quare, cum is, qui fundum pupilli nullo jure possidebat, conveniretur ab eo, qui eundem fundum a tutore emerat, sed sine judicis decreto, atque pupilli interesset, venditionem, utpote sibi utilem, subsistere, censuit Senatus Sabaudus, possessoria exceptionem rejicendam esse (2); tum ne ex persona, et jure pupilli deterior ejusdem conditio fieret; tum quia, ut alibi diximus, venditiones rerum ad pupillos, et minores pertinentium, tametsi praescriptae solemitates praetermissae fuerint, usu fori ratae habentur, si iisdem utiles sint (3); ne adversus ipsos detorqueatur, quod pro eorum commodo inductum est (4).

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 36.

(1) *L. Non debet* 74. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *definit* 20.
(3) *V. Tom. II.* §. 562. *pag.* 139.
(4) *L. Nulla juris* 25. *ff. de legibus* (1. 3.), *l. Quod favore* 6. *cod. eodem tit.* (1. 14.)

§. 1279.

Nec etiam admittitur exceptio de jure tertii, licet excludat jus agentis, si aliter non excludat, quam si velit ille tertius, nec de ejus volantate adhuc constet (1); etenim, antequam constet, jus agentis vere non excludit (2). Quinimmo, cum ex recepto axiomate actus agentium ultra eorum intentionem operari non debeant (3), vix est, ut cessionarius permittatur excipere de jure tertii, licet exclusivo juris agentis, adversus ipsum cedentem (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *def.* 30. *in princip.*
(2) *L. Qui cum haerede* 2. *ff. de exception. rei judicat.* (44. 2.)
(3) *L. Non omnis* 19. *ff. de reb. credit.* (12. 1.)
(4) *Fab. cod. hoc tit. d. definit.* 30. *num.* 2.

§. 1280.

Postremo in hoc capite cum Fabro animadvertimus, exceptionem desertae, et peremptae instantiae, seu litis non prodesse ei, qui ultima judicis interlocutione aliquid facere jussus fuit, nec tamen fecit (1); imputare propriam negligentiam sibi debet, quantocumque tempore lis siluerit; nec potest adversario objicere negligentiam, qui negligentior fuit (2): maxime quia negligentia sua negligentiae adversarii caussam dedisse videri potest; cum nemo in mora aliquid faciendi positus intelligatur, quamdiu aliquid ab adversario prius faciendum est.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *def.* 10.
(2) *L. Viro* 39., *l. Cum mulier* 47. *ff. solut. matrimon.* (24. 3.).

CAPUT III.

Quo tempore exceptiones sint objiciendae.

SUMMARIA.

Exceptiones peremptoriae quocumque judicii tempore opponi possunt: quaedam etiam in executione judicati. §. 1281.

Exceptiones dilatoriae, quae respiciunt judicii formam, ante litem contestatam opponi, et probari debent, nisi postea competere coeperint, vel cognitae fuerint. §. 1282.

Exceptiones dilatoriae caussam ipsam respicientes saltem in actu contestationis opponendae sunt; sed probari possunt etiam post litem contestatam. §. 1283.

Contumacia fictam litis contestationem inducit. §. 1284.

Litis contestatio per solum judicis praeceptum non fit. §. 1285.

Exceptio excussionis aliquando post litem contestatam recte objicitur. §. 1286., et 1287.

Protestatio jus protestantis conservat. §. 1288.

Judex decernere potest, non obstantibus exceptionibus peremptoriis a reo allegatis, ut ad ulteriora procedatur, sine exceptionum praejudicio, si eae litis ingressum non impediant. §. 1289., et 1290.

Exceptio falsi procuratoris etiam lata sententia objici potest. An dominus ratum habens expensas ferre debeat? An impensae objicienti restituendae sint? §. 1291., et 1292.

Exceptio solutionis, et compensationis in executione judicati opponi potest. §. 1293.

Compensationis exceptio etiam in executione sententiae appellationis recte objicitur. Reconventionis non eadem est ratio. §. 1294.

In executione judicati opponi potest exceptio neutiquam secuti implementi ex parte actoris. Utrum a judice exceptio haec suppleri possit? §. 1295., *et* 1296. Inst. I. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 36.

Exceptio non secuti implementi semel opposita impedit purgationem morae, perinde ac si res integra esse desiisset. §. 1297.

Contractus ex caussa non secuti implementi non rescinditur, nisi alioquin alter contracturus non fuisset. §. 1299.

Exceptiones Macedoniani, et Vellejani, competentiae, cessionis bonorum, aliaeque similes post sententiam recte objiciuntur. §. 1299., *et* 1300.

Error calculi, de quo nec judicatum, nec transactum est, a judice emendari debet. §. 1301.

Quae apud nos in hac re cauta sint? §. 1302., *et* 1303.

Exceptiones dilatoriae simul objici debent, et summarie imprimis definiri: peremptoriae etiam in progressu caussae. §. 1304.

Tractatus compositionum apud nos non suspendunt caussae progressum, nisi apud acta insinuatae sint. §. 1305.

§. 1281.

Cum quaeritur de tempore objiciendarum exceptionum, distinguendae sunt exceptiones peremptoriae a dilatoriis. Peremptorias, licet olim ante litis contestationem objiciendae forte fuerint in judiciis stricti juris, hodie tamen ex rescriptis Imperatorum quocumque tempore opponere licet, dummodo ante sententiam, sive quaestio sit de judiciis bonae fidei (1), sive de negotiis stricti juris (2); atque non nullae sunt, quae in executione judicati opponi permittuntur: caeterae vero peremptoriae exceptiones per beneficium restitutionis in integrum, lata etiam sententia, admittuntur (3).

(1) *L. Cum nondum* 4., *l. Praescriptionem* 8. *cod. hoc tit.*; *l. penult. cod. sentent. rescindi non poss.* (7. 50.)

(2) *L. Fidejussor* 10. §. 1. *cod. de fidejussorib.* (8. 41.)

(3) *D. l. penult. cod. sentent. resc. non poss.*

§. 1282.

Quod ad dilatorias pertinet, rursus distinguendum est, an respiciant judicii formam, an caussam ipsam. Dilatoriae exceptiones primi generis, veluti fori non competentis, judicis suspecti, ante litem contestatam opponendae, atque probandae sunt (1); nisi post coeptum judicium competere coeperint, puta judex affinis fiat, haeres ab altero ex litigantibus institutus sit (2); quae enim de novo emergunt, novo indigent auxilio, (3). Idem dicendum, si ante litem contestatam fuerint ignoratae; probabilis facti alieni ignorantia excusationem facile praestat (4).

(1) *L. penult., et ult. cod. hoc titul.*, *l. Apertissimi* 16. *cod. de judic.* (3. 1.)

(2) *L. Julianus* 17. *ff. de judic.* (5. 1.)

(3) *L. De aetate* 11. §. *Ex caussa* 8. *ff. de interrogat. in jur. faciend.* (11. 1.)

(4) *L. In omni parte* 2., *et passim ff. de jur., et fact. ignorant.* (22. 6.)

§. 1283.

Sed exceptiones dilatoriae, quae caussam ipsam respiciunt, puta pacti de non petendo ad certum tempus, ordinis, seu excussionis (1), ante litem contestatam opponi debent, vel saltem in ipso actu contestationis; probari tamen possunt etiam post litem contestatam, *postquam actor monstraverit, quod adseverat* (2): puta Titius agit adversus Maevium ob debitum centum aureorum. Maevius excipit se non debere, vel ad summum non debere, nisi post constitutum speciali pacto tempus: imprimis Titius probare tenetur jus suum, tum Maevius exceptionem, qua tempus solvendi differtur. Generalis quidem est Imperatorum sententia (3), atque apta comprehendere etiam exceptiones ad judicii formam pertinentes (§. praec.): verum restringendam omnino esse ad hasce exceptiones vulgo placet, et merito; nec enim de foro non competente, aut judice suspecto recte quaeritur post litis contestationem, seu post acceptum judicium.

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 36.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 24. def. 1. in princ., et def. 34.*
(2) *L. Exceptionem 19. cod. de probationibus* (4. 19.)
(3) *In d. l. 19. cod. de probat.*

§. 1284.

Haec ita obtinent, si vera litis contestatio intercesserit: sed ficta contestatio, quae per contumaciam inducitur, cum contumax possit condemnari (1), non impedit, quominus, contumacia purgata, et refusis sumptibus, (2) dilatoriae exceptiones opponi possint (3); nec ulla contumacia, adeoque nec ficta litis contestatio, restitutis sumptibus, intervenisse intelligitur.

(1) *Auth. Qua in provincia versic. Eo autem absente cod. ubi de criminib. agi oport.* (3. 15.)
(2) *L. Sancimus 15. cod. de judic.* (3. 1.)
(3) *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 24. defin. 1. num. 3., et 4.*

§. 1285.

Neque possessori hypothecaria convento nocet, ne beneficium excussionis sibi competens objicere possit, quod per plures judicis interlocutiones jussus sit litem contestari, si interlocutiones illae redditae fuerint ante oppositam exceptionem (1); quia si judex litem contestari juberet post oppositam excussionis exceptionem, hoc ipso videretur exceptionem rejicere (2); judicis praescriptum efficere non potest, ut vere secuta sit litis contestatio, quae facti res est.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 24. d. defin. 1. num. 7., et seqq.*
(2) *Argum. l. A procedente 4. cod. de dilationib.* (3. 11.)

§. 1286.

Immo etiam contingere potest, ut exceptio excussionis post litem contestatam recte objiciatur; puta si possessor, qui fundum obligatum emerat a Maevio, cum quasi Serviana conveniretur, Maevium tamquam auctorem laudaverit, ut litis periculum susciperet, et rem defenderet (1); Maevius litem ingrediens exceptionem hanc opponere potest, quamvis lis a possessore jam contestata sit (2); quia de Maevii potius re agitur, quam possessoris, cum possessor indemnis a Maevio servandus sit (3): nec Maevio imputari potest, cur ante litem a possessore contestatam exceptionem hanc non objecerit, cum judicio non prius adfuerit, quam a possessore interpellatus.

(1) *Prout tenetur l. Si plus 74. §. penult. ff. de evictionib.* (21. 2.)
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 24. d. defin. 1. num. 7., et seqq.*
(3) *L. 1., et passim ff. de evictionib.*

§. 1287.

Idem dicendum est, si actio hypothecaria male instituta fuerit, veluti super pretio pignoris venditi; quippe cum pretium pignoris devinctum non sit (1), actio male instituta pro non instituta habetur (2), adeoque si creditor deinceps, mutato in melius consilio, hypothecaria, in fundo experiatur, salva est possessori excussionis exceptio.

(1) *L. Idemque 7. §. 1. in fin. ff. qui potior. in pign.* (20. 4.)
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 24. d. defin. 1. allegat. 8.*

§. 1288.

Porro sufficit, exceptionem hanc oppositam fuisse ante litis contestationem, licet postea contestatio secuta sit, dummodo praecesserit protestatio (1), ex qua jus protestantis conservatur (2); alioquin si jubente judice ad ulteriora processum sit, et in meritis caussae, rejecta intelligitur (3), nisi adjecta fuerit clausula, salvo exceptionis jure (4): sin tacente reo, remissa intelligitur (5).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 24. d. defin. 1. num. 15.*
(2) *L. Pro haerede 20. §. 1. ff. de acquirend. haereditat.* (29. 2.)
(3) *Argum. l. A procedente 4. cod. de dilationib.* (3. 11.), *Fab. cod. hoc tit. d. defin. 1. num. 16.*

(4) *Fab. cod. hoc tit. defin.* 29. *in princip.*
(5) *L. penult., et ult. cod. hoc tit., Fab. d. defin.* 1., *et defin.* 29. *in fin.* Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 36.

§. 1289.

In quaestione, utrum judex, non obstantibus exceptionibus peremptoriis a reo convento allegatis, decernere possit, ut ad ulteriora procedatur, adjecta utique clausula, ne quid praejudicii exceptionibus fiat, distinguunt pragmatici. Si exceptiones caussae merita respiciant, nec tamen litis ingressum impediant, puta compensationis, potest judex, si Fabro assentimur, jubere ad ulteriora procedi, salvo exceptionum jure (1): nec reus potest ab hoc judicis praescripto appellare (2), cum ipsi injuriam non faciat (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *defin.* 5. *num.* 3., *Ab-Eccles. part.* 1. *observat.* 11. *num.* 1., *et seqq., ubi num.* 19. *addit., tacite rejectas intelligi a judice exceptiones incidentes, si nulla earum ratione habita super principali pronunciet.*
(2) *Fab. d. defin.* 5. *allegat.* 1.
(3) *L. Praefecti* 17. *ff. de minorib.* (4. 4.)

§. 1290.

Aliud dicendum, si exceptio litis ingressum impediat, puta transactionis, vel rei judicatae (§. 1240.); de his quippe imprimis pronunciandum est (1); alioquin damno temere afficitur reus, qui litem suscipere cogitur, cum id objiciat petitori, quod impedit, ne litiget: magnum est incommodum molestiis, atque impensis litis vexari (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *d. def.* 5. *num.* 4.
(2) *L. Minoribus* 6. *ff. de minorib.* (4. 4.)

§. 1291.

Exceptio falsi procuratoris, seu defectus mandati in eo, qui se procuratorem allegat, peremptoria est (§. 1246.); idcirco quacumque litis parte, immo et post sententiam objici potest (1); quia reddit judicium retro nullum (2): ratihabitione tamen sive expressa, sive tacita removetur, cum ratihabitio vim mandati habeat (3): quo casu dominus ratum habens nullam eo nomine expensarum condemnationem pati debet; cum utriusque litigatoris intersit, rata fieri priora judicii acta (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *def.* 40. *in princ.*
(2) *L. Licet* 24. *cod. de procuratorib.* (2. 13.)
(3) *L. ult. cod. ad S. C. Macedon.* (4. 28.)
(4) *Fab. cod. hoc. tit. d. defin.* 40. *mum.* 3., *et seqq.*

§. 1292.

Sane, si exceptionem procuratoriam opponens impensarum jacturam ex ea caussa passus sit, indemnis servari debet vel a domino, si procuratoris factum ratum habeat, ne ob tardius secutam ratihabitionem deterior fiat adversarii conditio: vel ab ipso procuratore, si nec mandatum habeat, nec ratihabitio sequatur (1); quippecui imputari potest, cur sine mandato egerit, nec gesta curaverit a domino rata haberi.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *d. defin.* 40. *prop. fin.*

§. 1293.

Neque desunt aliae exceptiones peremptoriae, quarum opponendarum facultas post latam sententiam in executione judicati competit: veluti solutionis, et compensationis (1), dummodo totius debiti soluti exceptio objiciatur (2); quippequae judicatum non impugnant; qui enim se solvisse allegat, debitum fatetur; atque victori prodest sententia, ne victus indebitum a se solutum allegare possit, si sententia transierit in rem judicatam, cum res judicata pro veritate habeatur (3): atque haec compensationi quoque conveniunt, ut alibi demonstravimus (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *defin.* 2. *in princip.*
(2) *Fab. cod. hoc tit. defin.* 12.

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 36.

(3) *L. Res judicatae* 207. *ff. de R. J.* (50. 17.)

(4) *V. supra* §. 307.

§. 1294.

Non tantum in executione prioris sententiae, sed et in caussa appellationis objici potest compensationis exceptio (1); quia, ut modo diximus (§. praeced.), qui compensare vult, necessario fatetur se debuisse; adeoque sententiam non impugnat, sed ei acquiescit. Alia est reconventionis ratio; haec ante litem contestatam opponi debet, nec in caussa appellationis objici potest (2); quia reconventus intentionem actoris non fatetur; appellatio autem judicatum utique extinguit, non litis contestationem prius secutam, immo ex sententia pragmaticorum appellatio reducit litem ad terminos litis contestatae: quare in caussa appellationis nulla fit litis contestatio, sed incipitur a conclusione in caussa (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *d. defin.* 2. *in fin.*

(2) *Auth. Et. consequenter post l.* 14. *cod. de sentent., et interlocut. omn. judic.* (7. 45.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *d. defin.* 2. *num.* 9.

(3) *Fab. d. defin.* 2. *alleg.* 13.

§. 1295.

Idem esto judicium de exceptione neutiquam secuti implementi ex parte actoris; cum enim aequalitas in contractibus servanda sit, et contrahentium placita adamussim sint custodienda (1); quia contractus ex partium conventione legem accipiunt (2), idcirco exceptio haec etiam in executione judicati opponi potest. Nec interest, quod actor juste impeditus fuerit, ne impleret (3); impedimentum utique excusat a culpa, et mora, sed jus non tribuit pure ab altero petendi, quod ipse sub conditione promisit.

(1) *L.* 1. *ff. de pact.* (2. 14.)

(2) *L. Legem* 10. *cod. eod. tit.* (2. 3.)

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *defin.* 43. *num.* 2., *et* 3.

§. 1296.

Amplius sentit Faber, exceptionem hanc a reo omissam posse a judice ex officio suppleri (1), etiam pro contumace, ita ut justam appellandi caussam habeat contumax, si judex pronunciaverit pro eo, qui non probat secutum ex parte sua implementum, nec eum jussit ante omnia implere (2); ad officium judicis pertinet utriusque litigantis indemnitati prospicere. Plane si in caussa appellationis constet, secutum deinceps implementum fuisse, sententia confirmanda erit (3), nec inanes circuitus faciendi sunt (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *d. defin.* 43. *num.* 1.

(2) *Fab. d. defin.* 43. *alleg.* 2. ✠

(3) *Fab. d. allegat. in fin.* ✠

(4) *L. Dominus testamento* 53. *ff. de condict. indebit.* (12. 6.)

§. 1297.

Neque sufficit, contractum ab actore ex parte impletum fuisse (1); quia reus de toto pactus parte contentus esse non cogitur (2). Immo subjicit Faber, hujusce exceptionis de non secuto implemento tantus est favor, ut semel opposita impediat purgationem morae, perinde ac si res integra esse desiisset (3), maxime si contractus juratus sit, postquam placuit pragmaticis, tantam esse vim jurisjurandi, ut per se impediat morae purgationem (4).

(1) *Argum. l. Si duos quis servos* 44. *ff. de contrahend. emption.* (18. 1.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *d. defin.* 43. *num.* 8.

(2) *Argum. l. Tutor* 47. §. 1. *ff. de minorib.* (4. 4.)

(3) *L. Si insulam* 84. *ff. de V. O.* (45. 1.)

(4) *Fab. d. defin.* 43. *num.* 9., *et seqq.*

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 36.

§. 1298.

Sane contractus ex caussa non secuti implementi minime rescinditur, sed ex contractu agendum est ad implementum, vel ad id, quod interest (1), nisi implementum respiciat caussam finalem contractus (2); sine quo nimirum alter, in cujus commodum vertitur, contracturus non fuisset (3).

(1) *L. ult. ff. de condiction. causs. dat. causs. non secut.* (12. 4.)
(2) *L. Cum te fundum* 6. *cod. de pact. int. emptor., et venditor.* (4. 54.)
(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *defin.* 43. *num.* 5., *et seqq.*

§. 1299.

Macedoniani quoque, et Vellejani Senatusconsulti exceptiones etiam in executione judicati opponi possunt, quia nec hae judicatum impugnant (§. 1293.); nec non competentiae, et cessionis bonorum (1); transactionis, vel novationis post rem judicatam secutae (2), nec non illae, quae debitori competunt ex sanctione Imperatorum Anastasii, et Justiniani (3), idest quibus agitur de vitio cessionis rei litigiosae (4), ut supra diximus (§. 1243.). Plane, si quis post sententiam condemnationis inveniat apocham, ex qua de facta solutione constet, nihil impedire potest, quominus de ea excipiat.

(1) *L. Item miles* 18, *l. Nesennius* 41. §. *ult. ff. de re judicat.* (42. 1.)
(2) *L. Si se non obtulit* 4. §. *Si ex conventione* 4. *ff. eod. tit., ubi pro* Retendatur *legendum monent eruditi* Recedatur, *l. Si caussam* 2. *cod. de execution. rei judicat.* (7. 53.)
(3) *L. Per diversas* 22., *et l. sequ. cod. mandat.* (4. 35.)
(4) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 8. §. 4.

§. 1300.

Eodem jure reguntur exceptiones de impensis meliorationum victo, atque ad restitutionem rei condemnato a victore restituendae (1): divisionis ab uno ex correis in solidum condemnato (2), et de errore calculi, sive de errore appareat ex instrumento, ex quo facta fuit condemnatio, sive erratum dicatur in computatione in ipsa judicis sententia (3); error calculi non ad jus, sed ad factum pertinet, in quo error tolerabilis est.

(1) *Argum.* §. *Ex diverso* 30., *et seqq. institut. de rer. division.* (2. 1.)
(2) *Voet in Pandect. hoc tit. num.* 7. *prop. fin.*
(3) *L.* 1. §. 1. *ff. quae sentent. sine appellat. rescindant.* (49. 8.)

§. 1301.

Neque nocet, quod traditur, si de errore calculi judicatum, vel transactum sit, non esse locum emendationi computationis (1); vel res judicatas praetextu computationis instaurari non oportere, ne nullus sit litium finis (2); etenim error, de quo hic agimus (§. praeced.), in sententia quidem est, sed non est lata de eo sententia. Non autem dicimus, litem praetextu computationis, seu erroris in computatione instaurari oportere, sed a judice ipso, peritorum judicio adhibito, errorem emendandum esse (d. §. praeced.)

(1) *L. unic. cod. de errore calculi* (2. 5.)
(2) *L. Res judicatae* 2. *cod. de re judicat.* (7. 52.)

§. 1302.

Hisce Romanarum legum scitis, et receptis in foro sententiis fere consonat jus regium, quo utimur, atque luculentius quaedam explicat ad hanc rem pertinentia. Imprimis cautum, ut exceptiones omnes sive peremptoriae, sive dilatoriae clare, et distincte proponantur, speciatim explicatis titulis, et juribus, quibus nituntur, et caussa, propter quam proponuntur; ita ut pars adversa plene cognoscat earum naturam; futurum alioquin, ut nulla earum ratio habenda sit (1): obscura exceptio rei

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 36.

non secus ac obscura actoris petitio tamquam inepta admitti non debet (2): sibi imputet, qui potuit apertius mentem suam aperire.

(1) *Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 8. §. 1.

(2) *Argum. l. ult. cod. de annal. exception.* (7. 40.), *cap. Significantibus* 2. *extra Decret. Greg. de libel. oblation.* (2. 3.)

§. 1303.

Hinc ulterius vetitum, ne recipiantur exceptiones generales, *defectus juris*, *et actionis*, *tua non interest*, *petis*, *quod intus habes*; ad rem non pertinere, neutiquam admitti posse, nullum esse, et similes; sive simpliciter objiciantur, sive adjecta clausula, a quocumque capite profluant, aut relatione habita ad caussas, quae ex actis colliguntur (1): atque idem statuitur de negationibus, quae generalibus verbis conceptae sint, nisi distincte explicentur, atque separatim proponantur, si ad plura facta, vel capita referantur (2). Generales elocutiones aut nihil probant, aut obscurum est, quod probare possunt, nec actor facile divinare potest, quid reus excipiat.

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 3. *tit.* 8. §. 3. *in princip.*

(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 3. *in fin.*

§. 1304.

Quod ad tempus proponendarum exceptionum pertinet, idem fere statuitur, ac in Romanis legibus; videlicet ut exceptiones dilatoriae simul objiciantur (1), atque summarie definiantur intra decem dierum spatium, ex quo deductae sunt, caussae interim cognitione in meritis suspensa (2): peremptoriae vero etiam in progressu caussae (3).

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 3. *tit.* 8. §. 4. *in princip.*

(2) *Reg. Constit. ibid.* §. 2.

(3) *Reg. Constit. d.* §. 4.

§. 1305.

Postremo, arrepta occasione dilationum, decernere placuit, ne progressum, aut definitionem caussae suspendant allegati compositionum tractatus, etiam adjecto expressim pacto, ne contrahentes litem prosequantur, nisi apud actuarium, aut scribam tribunalis, coram quo lis pendet, aut loci, in quo litigantes morantur, descripti sint; cujus descriptionis fides a procuratoribus facienda est; futurum alioquin, ut ad ulteriora, nulla horum tractatuum ratione habita, procedatur (1): quod merito constitutum, ne, perperam conficto ab uno ex litigantibus conciliationis tractatu, alter in damno haereat, nec ullus litium alioquin longiorum, quam par est, finis sit.

(1) *Reg. Constit. d. lib.* 3. *titul.* 8. §. 5.

CAPUT IV.

Quis sit oppositae exceptionis effectus. Quid praescriptionis, et praejudicii nomine veniat.

SUMMARIA.

Exceptione probata, reus a petitione actoris liber fit; nisi hic replicatione utatur. §. 1306.

Exceptio meram negationem continens probatione non indiget: indirecte tamen aliquando probari potest. §. 1307., *et* 1308.

Reus excipiendo fit actor, cum exceptio factum aliquod continet. §. 1309.

Actor replicationem, quae in facto consistat, probare debet. §. 1310., *et* 1311.

Quid praescriptionis nomine hic veniat? §. 1312.

Praejudicii latior est, quam exceptionis significatio. §. 1313., *et* 1314.

Praejudiciorum nomine hoc loco significantur speciales quaedam exceptiones, quibus excluditur intentio actoris, quia praepostere agens futurae actioni praejudicium faciat. §. 1315. Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. lit. 1.

Quae sint exceptionum species, de quibus sigillatim agendum est? §. 1316., *et* 1317. Cod. l. 8. tit. 36.

§. 1306.

Effectus oppositae exceptionis, et probatae, si eadem probanda sit, is est, ut reus a petitione actoris liberetur (1) vel omnino, vel ad tempus, prout exceptio peremptoria est, vel dilatoria tantum, nisi actor replicatione vim oppositae exceptionis elidat: puta si reus excipiat pactum, quo cum creditore conveoit, ne amplius pecuniam peteret: sed deinceps rursus nova pactio inita sit, ut creditori petere liceat; replicatione posterioris pacti evertitur exceptio rei (2).

(1) *L. Exceptio* 2. §. *Illud tenendum* 2. *ff. hoc tit.*

(2) *Princip. institut. de replicationib.* (4. 14.)

§. 1307.

Exceptio jus actoris exclodit, dummodo probata, cum probanda est: ut enim supra diximus (§. 830.), duplicis geoeris sunt exceptiones; aliae, quae meram negationem continent, veluti si quis neget, se mutuam pecuniam ab actore accepisse: aliae, quae factum habent adjunctum, puta pecuniam mutuo acceptam restitutam fuisse, vel pactum fuisse initum de non amplius petendo.

§. 1308.

Exceptio prioris generis a reo probationem non exigit, quia per rerum naturam, scite ajunt Imperatores, factum negantis probatio nulla est (1): actori ergo probandi onus incombit; alioquin reus absolvitur (2). Quamquam et probatio aliqua interdum dari potest facti, quod negatur; veluti si probet reus excipiens, se alibi fuisse eo die, quo actor mutuam ipsi dedisse pecuniam allegat: atque contingere potest, ut prosit reo hujus exceptionis probatio; si nempe actor semiplene probet intentionem suam; ita ut praesumptio negaotem oneret; cum et alia sit juris regula, probandum esse ab eo, qui praesumptionem contra se habet (3).

(1) *L. Actor* 23. *cod. de probation.* (4. 19.)

(2) *L. Possessione* 2. *cod. eod. tit.*, *l. Qui accusare* 4. *cod. de edend.* (2. 1.)

(3) *L. Ab ea parte* 5. §. 1. *ff. de probat.* (22. 3.). *V. Supra* §. 832., *et duos sequent.*

§. 1309.

Sed onus probandi reo semper incumbit, cum exceptio nititur facto aliquo; cum enim facta non praesomantur, ab allegante omnino probanda sunt (1): atque hoc plane sensu reus dicitur excipiendo actor fieri (2). Probare ergo debet solotionem, compensationem, pactum de non petendo, et similia reus, qui hisce exceptionibus se adversus actorem defeodit.

(1) *D. l. Ab ea parte* 5., *l. Quoties operae* 18. *ff. de probat.* (22. 3.)

(2) *L. In exceptionibus* 19. *ff. eod. tit.*, *l.* 1. *ff. hoc tit.*

§. 1310.

Qood de exceptione rei dicimus, idem obtinet quoad replicatiooem actoris; quippequae nihil aliud est, quam actoris exceptio (1), ut supra diximus (§. 1236.), qua exceptionem a reo allegatam excludere intendit (2): adeoque probare tenetur, si factom contineat replicatio, quod non praesumatur, puta posteriorem de rursus petendo conventionem (3).

(1) *L. Exceptio* 2. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 2. §. *Illud tenendum* 2.

(3) *Princip. institut. de replicationib.* (4. 14.)

§. 1311.

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44 tit. 1. Cod. l. 8. tit. 36.

Fingamus, mulierem fidejussisse, filiofamilias mutuam pecuniam datam fuisse: si conveniantur, mulier exceptione Senatusconsulti Vellejani (1), filiusfamilias Macedoniani se defendere potest (2): si vero actor replicet, ut exceptionem mulieris, vel filiifamilias excludat, atque contendat, mulierem in rem suam fidejussisse, filiumfamilias in necessariam, et honestam caussam impendisse, quod ipsi mutuo datum fuit, probanda est ab actore exceptio, seu replicatio; quia res facti est, quae non praesumitur (§. 1309.)

(1) *L. 1., et passim ff. ad S. C. Vellejan.* (16. 1.)
(2) *L. 1., et passim ff. de S. C. Macedonian.* (14. 6.)

§. 1312.

Explicandum superest, quid praescriptionis, et praejudicii nomine intelligatur. Praescriptionibus nihil aliud intelligi putant aliqui, quam exceptiones temporis, de quibus specialis titulus est in Pandectis (1). Alii convenientius existimare videntur, praescriptionis verbum idem significare, ac exceptionis; prout colligunt ex rescriptis Imperatorum, quibus praescriptionem pro exceptione usurpant (2); atque potissimum ex titulo Codicis, qui inscriptus est, *de exceptionibus, seu praescriptionibus* (3): quo innuitur, unum ab alio non differre, quamquam praescriptio strictiori sensu aliquando usurpatur ad significandas exceptiones temporis (4). Sed in his ulterius immorandum non arbitramur, ad ulteriora properantes.

(1) *Digestor. lib. 44. tit. 3. inscriptus est de diversis temporalibus praescriptionibus etc.*
(2) *L. penult., et ult. cod. hoc tit.*
(3) *Codic. lib. 8. tit. 36.*
(4) *Prout in d. lib. 44. tit. 3. Digestor.*

§. 1313.

Latior est praejudicii, quam exceptionis significatio. Praejudicium aliquando accipitur pro damno, quod alteri infertur (1): aliquando pro vi unius actionis ad aliam, qua fit, ut una alteram perimat (2), quo sensu supra explicavimus exceptiones praejudiciales (§. 1249.): vel pro certa actionum specie, quibus quaeritur de statu, et conditione personae, puta an quis sit liber, an libertus, an filius (3); hae quippe etiam imprimis decidi debent, cum quaestiones de successione, alimentis, et similibus a statu personae pendeant.

(1) *L. Forma censuali 4. §. ult. ff. de censibus* (50. 15.)
(2) *L. Inde Neratius 23. §. Si dolo 9. ff. ad leg. Aquil.* (9. 2.)
(3) *§. Praejudiciales 13. institut. de actionibus* (4. 6.)

§. 1314.

Interdum praejudicii nomine significatur exemplum, et argumentum, quod una actio prius intentata praebet alteri, prout contingit in quibusdam criminibus, ex quibus datur actio tum civilis, tum criminalis, quarum exempla plurima referuntur ab Imperatoribus (1). Si prius actum sit civili judicio, fit praejudicium actioni criminali; non quod ea amplius agi nequeat (2), sed quatenus ex instituto prius civili judicio sumitur exemplum, et argumentum, quod judices in judicio criminali sequantur (3).

(1) *In l. unic. cod. quand. civil. act. criminal. praejudicet.* (9. 31.)
(2) *D. l. unic., d. l. Inde Neratius 23. §. Si dolo 9. ad leg. Aquil.* (9. 2.)
(3) *L. Interdum 4. ff. de public. judic.* (48. 1.)

§. 1315.

Hic vero praejudiciorum nomine significari videntur speciales quaedam exceptiones, quibus excluditur actoris intentio, quia actioni futurae praejudicium faciat, praepostere agens, seu prius agens actione, qua posterius experiendum esset: puta si quis ante litem de haereditatis petitione contestatam res singulas haereditarias petat; quia pe-

titio rerum singularum praejudicat judicio universali petitionis haereditatis: sed si judicium universale jam coeptum sit, exceptio haec locum amplius habere non potest (1). Alia praejudiciorum exempla referuntur in Pandectis (2), quae pro arbitrio quisque expendere potest.

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 2. Cod. l. 7. tit. 56.

(1) *L. Si post litem* 13. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Non distinguemus* 32. §. *Si is faciat* 10. *ff. de recept.* (4. 8.), *l.* 1. §. 1. *ff. famil. erciscund.* (10. 2.), *l. Fundum Titianum* 16., *l. Fundi* 18., *l. Rei majoris* 21. *ff. hoc tit.*

§. 1316.

Explicatis quae ad exceptiones in genere pertinent, ordo postulat, ut diversae exceptionum species, quae singularem merentur animadversionem, de quibus speciales tituli habentur in corpore juris, expendantur: sed quia de pluribus sigillatim jam egimus: nimirum de exceptione legis Falcidiae, praescriptionis, Trebelliani, Macedoniani, et Vellejani Senatusconsulti, nec non pacti, jurisjurandi, erroris, sive ignorantiae; idcirco, servato fere ordine Pandectarum, breviter agemus de caeteris exceptionum speciebus.

§. 1317.

Quare imprimis agemus de exceptione rei judicatae; et quia transactio eandem fere vim habet, ac res judicata (1), post rei judicatae exceptionem, conditiones, et vim transactionis expendemus. Tertio loco explicabimus, an et quatenus rata habeantur, quae dolo malo, et per metum gesta sunt. 4., et postremo loco de litigiosis rebus verba faciemus.

(1) *L. Jusjurandum* 2. *ff. de jurejurand.* (12. 2.), *l. unic. cod. de error. calcul.* (2. 5.)

TITULUS XXV.

De exceptione rei judicatae; nec non litis pendentis.

Instit. lib. 4. tit. 13. *De exceptionib.*
Digest. lib. 44. tit. 2. *De exception. rei judicat.*
Codic. lib. 7. tit. 56. *Quibus res judicat. non nocet.*

SUMMARIA.

Exceptio rei judicatae merito inducta est, ne nullus sit litium finis. §. 1318.

Exceptiones litis finitae sunt transactionis, rei judicatae, et laudi homologati. §. 1319.

Rei judicatae exceptio competit reo sententia judicis absoluto, dummodo plene satisfecerit judicato. §. 1320.

Exceptio rei judicatae competit, dummodo a sententia non fuerit appellatum. §. 1321.

Exceptio rei judicatae non competit, nisi lis rursum moveatur inter easdem personas de eadem re, atque ex eadem petendi caussa. §. 1322.

Eadem persona intelliguntur haeres, et defunctus, procurator, et dominus, administrator, et illi, quorum bona geruntur: debitor, et creditor in pignore. §. 1323., *et* 1324.

Quid de reo, et fidejussore: vel duobus reis debendi, aut credendi? §. 1325.

Quid de emptore, et auctore, seu venditore? §. 1326., *et* 1327.

Emptor venditoris auctor quodammodo intelligitur, si rem ex lege commissoria, vel actione redhibitoria restituerit venditori. §. 1328.

Exceptio rei judicatae obstat ei, qui liti interfuit. §. 1329., *et* 1330.

exceptiones litis finitae enumerat summus Pontifex, exceptionem transactionis, et rei judicatae, quae idcirco ingressum litis, seu litis contestationem impediunt (1), quibus plerique addunt *laudum*, ut ajunt, *homologatum*, quod et eandem vim habet, ac res judicata (2): caeteris vero exceptionibus litis ingressus, seu contestatio nec impeditur, nec retardatur (3).

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 2. Cod. l. 7. tit. 56.

(1) *Cap.* 1. *de litis contestation. extra* 6. *Decret.* (2. 3.)

(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 1., *Fab. cod. de re judicat. lib.* 7. *tit.* 19. *def.* 6.

(3) *D. cap.* 1., *et cap. ult. ibid.*

§. 1320.

Rei judicatae exceptio, quae secundum placita jureconsultorum necessaria est, quia sententia pro reo lata actionem ipso jure non tollit (1), competit reo, sententia judicis absoluto, ejusque haeredi, nec non fidejussori, utpote quae in rem est, seu rei cohaeret, non personae (2), sive privato, sive populari judicio (3), sive criminali absolutus sit (4), dummodo judicato plene satisfecerit (5).

(1) §. *Item, si* 5. *instit. hoc tit.*, *l. Julianus* 60. *ff. de condict. indebit.* (12. 6.)

(2) *L. Exceptiones* 7. §. 1. *ff. de exceptionib.* (44. 1.)

(3) *L. Sed si ex eadem* 3. *ff. de popularib. actionib.* (47. 23.)

(4) *L. Si cui crimen* 7. §. *Iisdem* 2. *ff. de accusationib.* (48. 2.)

(5) *L. Evidenter* 16. *ff. hoc tit.*

§. 1321.

Cum autem res judicata pro veritate accipiatur (1), ut illius exceptio competat, non inquiritur, an jure, an injuria judicatum fuerit, sed dumtaxat, an judicatum sit (2), dummodo illius vis per appellationem non fuerit suspensa (4).

(1) *L. Res judicata* 207. *ff. de reg. jur.* (50. 17.), *l. Ingenuum* 25. *ff. de statu homin.* (1. 5.)

(2) *L. Si superatus* 3. §. 1. *ff. de pignorib.* (20. 1.), *l.* 1. §. *Pari modo* 4. *ff. de liber. exhibend.* (43. 30.)

(3) *L.* 1., *et passim ff. de appellationib.* (49. 1.)

§. 1322.

Sed non aliter fit locus exceptioni rei judicatae, praeterquamsi lis finita rursus moveatur inter easdem personas, de eadem re, atque ex eadem petendi caussa (1); ita ut si altera ex his conditionibus desit, exceptio denegetur; quia eadem res, seu idem negotium amplius dici non potest (2).

(1) *L. Cum quaeritur* 12., *et duob. seqq. ff. hoc tit.*, *Fab. cod. de re judicat. lib.* 7. *tit.* 19. *defin.* 14., *et* 20.

(2) *L. et an eadem* 14. *ff. hoc tit.*

§. 1323.

Inquirendum igitur, quibus casibus eadem persona, eadem res, eadem caussa intelligatur. Atque, ut a personis exordiamur, eadem persona civili jure intelliguntur haeres, et defunctus (1), procurator, et dominus, tutor, vel curator, et pupillus, minor, furiosus, aut alius quilibet sub administratione constitutus, dummodo verus tutor, aut curator sit; alioquin pupillo, aut minori non nocet sententia (2): actor, et municipium, defensor, et ille, cujus caussam tuetur (3), pater, et filiusfamilias (4).

(1) *Novell.* 48. *in fin. praefat.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. quib. res judic. non noc. lib.* 7. *tit.* 22. *defin.* 3.

(3) *L. Si mater* 11. §. *Hoc jure* 7. *ff. hoc tit.*

(4) *D. l.* 11. §. *Si quis hominem* 8.

§. 1324.

Ejusdem quoque personae vice funguntur, quod ad exceptionem rei judicatae pertinet, debitor, et creditor, si debitor rem pignori tradiderit creditori, postquam eam

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44 tit. 2. Cod. l. 7. tit. 56.

a tertio petierat in judicio, et victus fuerat, ac deinde creditor pignoratitia agere velit adversus tertium, pro quo lata fuit sententia (1): cum creditor jus omne suum a debitore metiatur, melioris esse conditionis non debet (2).

(1) *D. l. Si mater* 11. §. *ult. ff. hoc tit.*
(2) *L. Qui in jus* 177. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1325.

Idem dicendum de reo, et fidejussore: reo absoluto, exceptio rei judicatae fidejussori competit (1): nec non de duobus reis debendi, si unus sententia judicis absolutus sit (2), vel reis credendi, quorum unus victus in judicio fuerit (3); cum una eademque res in utroque casu petatur, licet a pluribus debeatur, vel pluribus debita sit.

(1) *L. Si cum argentum* 21. §. *ult. ff. hoc tit.*
(2) *L. Cum duo* 2. *ff. de duob. reis* (45. 2.)
(3) *L. Si rem* 21. §. 1. *ff. de novationib.* (46. 2.)

§. 1326.

An emptor, ejusque auctor, seu venditor una habeantur persona, quoad rei judicatae exceptionem, distinguit Julianus: si auctor absolutus sit, exceptio rei judicatae emptori proficit, non viceversa (1). Discriminis ratio ex eo petenda, quod emptor quidem ab auctore, non vero auctor ab emptore caussam, seu jus habet: adeoque emptori prodesse debet auctoris victoria (2), non vicissim (3).

(1) *L. Si ate* 9. §. *ult., et l. seq. ff. hoc tit.*
(2) *D. l. Qui in jus* 177. *ff. de reg. jur.*
(3) *L. Saepe constitutum* 63. *ff. de re judic.* (42. 1.)

§. 1327.

Exceptio admittenda est, si auctor liti adversus emptorem motae adstiterit: vel saltem interpellatus propter imminens periculum evictionis ab emptore, ut adsisteret, et litem defenderet, passus tamen sit, litem a solo emptore defendi (1); cum enim auctor rei defensionem suscipere teneatur, dummodo ei facta sit litis motae denunciatio (2), ex quo monitus non adest, tacite consentire intelligitur, ut emptor rem suo periculo defendat; adeoque sententiam contra emptorem, vel pro emptore latam ipsi nocere, vel prodesse, aequum est (3). Plane si auctor liti adfuerit, sententia inter ipsum quoque lata est: adeoque nullum superest dubitandi argumentum, cur damnum passurus, vel emolumentum ex ea percepturus non sit.

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 5. *in medio.*
(2) *L. Si rem* 29. §. *ult., l. Si ab emptore* 49. *ff. de evictionib.* (21. 2.)
(3) *D. l. Saepe constitutum* 53. *in med. ff. de re judicat.* (42. 1.)

§. 1328.

Immo si venditor, seu auctor rem deinceps ab emptore receperit, vel vi legis commissoriae, vel actione redhibitoria ob vitium, vel morbum rei venditae, non inepte defenditur, exceptionem rei judicatae emptori quaesitam auctori prodesse (1); in hoc etenim casu emptor venditoris auctor quodammodo intelligitur, quatenus videtur rem, quam prius emit, rursus auctori vendere (2).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 5. *in fin.*
(2) *Argum. l. Si duobus* 6. §. *ult. ff. de divers. temporalib. praescriptionib.* (44. 3.)

§. 1329.

Hinc etiam, cum inter Sempronium haeredem Caji, et Titium proximiorem ex familia testatoris contenderetur de fideicommisso, quod Lucius Cajo, quem scripserat haeredem, et proximioribus reliquerat, adeoque dubitari poterat, an testator sensisset de proximioribus suis, an de proximioribus haeredis (1), et intervenisset liti Maevius, qui se proximiorem ex familia haeredis, et vocatum asserebat, Senatus Sabaudus pro Titio pronunciaverat, ei tamen injuncto onere praestandae satisdationis de defendendo

adversus Maevium Sempronio (2), qui bona fideicommissaria, tamquam Caii haeres, possidebat, et victori Titio traditurus erat. Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 2. Cod. l. 7. tit. 56.

(1) *L. Omnia* 32. §. *ult. ff. de legat* 2. (31. 1.)

(2) *V. Fab. cod. de re judic. lib.* 7. *tit.* 19. *defin.* 4. *in princip.*

§. 1330.

Cum post plures annos idem Maevius fideicommissum tamquam sibi ex testamenti verbis relictum peteret a Titio, cui Senatus illud adjudicaverat, placuit, Maevio obstare rei judicatae exceptionem (1); tum quia pro Titio adversus Sempronium, Maevio ipso praesente, et agente, Senatus pronunciasset, adeoque dici non posset res inter alios judicata; tum quia nullo modo fieri possit, ut idem fideicommissum et Titio, et Maevio simul debeatur; cum ex diversis familiis sint (§. praeced.): quare ex quo Titius tamquam vocatus a Senatu habitus fuit, consequens omnino est, Maevium eo ipso repulsum ab illius petitione. Sane, si Titius, et Maevius ex eadem familia essent, eodemque gradu constituti, nihil impediret, quominus fideicommissum Titio adjudicatum postea in viriles partes Maevio adjudicaretur (2). Solum ergo civilis supplicationis remedium supererat (3).

(1) *Fab. cod. de re judicat. lib.* 7. *tit.* 19. *defin.* 4. *num.* 9., *et seqq.*

(2) *L. Unum ex familia* 67. §. *Si duos* 4. *ff. de legat.* 2. (31. 1.), *Fab. d. defin.* 4. *num.* 12.

(3) *Fab. d. defin.* 4. *num.* 20.

§. 1331.

Neque movit injuncta Titio satisdandi necessitas de Sempronio adversus Maevium defendendo (§. 1328.); non enim cautio praescripta fuit favore Maevii, quod ineptum fuisset, sed favore Sempronii, si forte molestiam pateretur a Maevio, prout in aliis casibus leges Romanae decernunt: ideoque non Maevio, sed Sempronio Titius cavere jussus fuit; nec hinc sequitur, Senatum dubitasse de jure Maevii, sed voluisse omnimodo consulere indemnitati possessoris Sempronii, ne ex Maevii molestiis, etiam nullo jure illatis, damnum sentiret (1). Quod si dubium apud patres fuisset de Maevii jure, per definitivam sententiam Titio fideicommissum adjudicatum non fuisset, sed fiduciarie tantum, atque provisionaliter, ut ajunt pragmatici (2).

(1) *L. penult. ff. de haereditat. petition.* (5. 3.), *l. Is, a quo* 57. *ff. de rei vindicat.* (6. 1.)

(2) *Fab. cod. de re judic. lib.* 7. *tit.* 19. *d. defin.* 4. *num.* 21., *et seqq.*

§. 1332.

Sed quid, si Maevius priori liti non interfuerit? Res quidem judicata difficilius ei nocet, utpote inter alios acta (1): quia tamen, ut modo diximus (§. praeced.), fieri nequit, ut admittatur ad fideicommissum ex testamenti verbis Titius tamquam proximior ex familia testatoris, quin necessario repellatur Maevius ex familia haeredis, cum constet, a testatore solos ex una familia proximiores vocatos (2), idcirco sentit Faber, Maevio quoque obstituram in hoc caso rei judicatae exceptionem (3).

(1) *L.* 1., *et passim cod. hoc tit.*

(2) *D. l. Omnia* 32. §. *ult. ff. de legat.* 2. (31. 1.)

(3) *Fab. cod. de re judicat. lib.* 7. *tit.* 19. *d. defin.* 4. *in fin.*

§. 1333.

Sententia contra defunctum Titium lata de fundo, si defunctus ab ea appellaverit, non nocet fructuario, cui Titius ejusdem fundi usumfructum legaverit, licet defuncti haeres appellationem deseruerit, aut passus sit, se condemnari, sive per collusionem, sive per negligentiam; dummodo justa fuerit provocatio (1): etenim appellatio judicatum extinxit (2); negligentia autem haeredis de proprietate certantis nocere non debet fructuario, qui proprio jure fructus petit (3), maxime quia vocari quoque debuisset usufructuarius, ut jus suum tueretur (4).

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 2. Cod. l. 7. tit. 56.

(1) *Fab. cod. hoc tit. quib. res judicat. non noc. lib. 7. tit. 22. defin.* 5. *in princip.*
(2) *L. Furti* 6. §. 1. *ff. de his, qui notant. infam.* (3. 2.)
(3) *L. Si perlusorio* 14. §. 1. *ff. de appellationib.* (49. 1.)
(4) *L. De unoquoque* 47. *ff. de re judicat.* (42. 1.)

§. 1334.

Plane condemnatus per contumaciam, potius per collusionem, aut negligentiam condemnatus censetur (1): propterea nec actionem, nec exceptionem inde acquirere potest adversus alium, qui liti non interfuit (2); ne ex malitia, vel negligentia sua emolumentum ferat (3).

(1) *L. Si ideo* 55. *ff. de evictionib.* (21. 2.)
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 22. *defin.* 6. *in princip.*
(3) *L. Non fraudantur* 134. §. 1. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1335.

Sententia contra fratrem lata, licet condemnatus fuerit tam suo, quam fratris nomine, fratri non nocet, si neque mandatum praecesserit, neque ratihabitio secuta sit (1); adeoque exceptio rei judicatae non competit victori adversus alium fratrem, qui liti non adstitit. Sed si filius, legitimam portionem petens, adversus haeredem obtinuerit, potest adversus tertios bonorum paternorum possessores agere, et sententiam exequi, quin necesse habeat rursum disputare de jure suo cum possessoribus (2); quia sufficit, filium cum legitimo contradictore litigasse (3), dummodo collusio non probetur.

(1) *L.* 1., *et* 2. *cod. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 22. *def.* 7.
(2) *Fab. cod. hoc tit.*, *defin.* 10. *in princip.*
(3) *Argum. a contrario l. Cum non justo* 3. *ff. de collusion. detegend.* (40. 16.)

§. 1336.

Quia tamen legitimae quantitas definiri non potest, nisi prius deducto aere alieno (1), nec aequitas patitur, ut tertii possessores vexentur, quando ex bonis non alienatis filio commode satisfieri potest (2), saltem si victus haeres bona fide vendidit (3), recte petunt tertii possessores, ne prius ex judicato conveniantur, quam disceptatum sit, et judicatum cum haerede, quid detrahendum sit; tum quid, et quantum ex bonis pro legitima solvi debeat, facta ipsis sistendi potestate, si velint (4).

(1) *L. Papinianus* 8. §. *Quarta autem* 9. *ff. de inoffic. testam.* (5. 2.)
(2) *L. Moschis* 47. *ff. de jure fisci* (49. 14.)
(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 22. *d. defin.* 10. *num.* 4. *in corp.*
(4) *L. Si suspecta* 29. *ff. de inoffic. testam.*, *Fab. d. defin.* 10. *in fin.*

§. 1337.

Cum sententia inter alios lata non noceat illi, qui liti non adfuit, nisi vocatus adesse noluerit (§. praeced.); si Titius tamquam creditor Maevii obtinuerit adversus Sempronium debitorem Maevii (1), et Cajus in executione judicati intercedat, disputandum cum eo erit non tantum de ordine, sed etiam de jure crediti, perinde ac si sententia nulla lata fuisset (2). Quamquam sententia prodesse potest victori etiam quoad Cajum, ne temere litigasse videatur; adeoque ut expensarum compensatio fiat (3). Hinc, qui sententiae inter alios latae executioni intercedit, jus habet postulandi, ut sibi exhibeatur sententia, et acta, super quibus lata fuit, ut cognoscere possit, an per collusionem, sordes, vel gratiam lata sit (4).

(1) *L. Si in caussa* 2., *et passim cod. quand. fisc.*, *vel privat. etc.* (4. 15.)
(2) *L. A divo Pio* 15. §. *Si rerum* 4. *ff. de re judicat.* (42. 1.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 22. *def.* 13. *in princip.*
(3) *Fab. d. def.* 13. *in fin.*
(4) *Fab. cod. hoc tit. def.* 9.

§. 1338.

Excipiendus est ab hac regula casus, quo is, qui liti non adfuit, caussam habeat posteriorem a condemnato (1), seu lucrativo, seu oneroso titulo jus a condemnato consecutus sit (2); cum potior conditio esse non possit ejus, qui alterius jure utitur (3). Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 2. Cod. l. 7. tit. 56.

(1) *L. Exceptio* 28., *et l. seq.* §. *ult. ff. hoc tit.*

(2) *D. l. penult.* §. *ult.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 22. *d. defin.* 13. *allegat.* 2. ✠

(3) *L. Qui in jus* 177. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1339.

Hinc etiam sequitur, sententiam adversus Praelatum Ecclesiae latam vim habere quoad successorem in beneficio, sive in agendo, sive in excipiendo; quippequi eandem Ecclesiam repraesentat: rei autem judicatae auctoritas perpetua esse debet (1): nisi forte Praelatus per contumaciam, aut per collusionem condemnatus fuerit, quo casu neque opus esse civili supplicatione sentit Faber, favore nimirum Ecclesiae (2), cujus conditionem per Praelatum deteriorem fieri aequum non est (3).

(1) *L. ult. cod. de re judicat.* (7. 52.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 7. *tit.* 22. *def.* 11.

(3) *Argum. l. Melior* 133. *ff. de reg. jur.*

§. 1340.

Quae hactenus disputavimus, pertinent ad personas, seu requisitum personarum quarumdam interventum, ut exceptio rei judicatae competat (§. 1322.): altera conditio exigit, ut de eadem re inter easdem personas rursum disceptetur: porro ita definiri potest, ait Ulpianus, toties eandem rem agi, quoties apud judicem posteriorem id quaeritur, quod apud priorem quaesitum est (1); nec interest, an postea partem petat, qui ab initio totum petiit, quia in toto pars est: nec utrum in corpore quaeratur, an in jure, vel in quantitate (2).

(1) *L. Si quis* 7. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 7. *in princip.*

§. 1341.

Si quis corpus petierit, et condemnatus sit, accessiones deinde petenti, puta ancillae partum, aut fructus fundi, obstat rei judicatae exceptio, dummodo petantur haec tamquam accessiones; adeoque ex eadem caussa (1): secus si petantur tamquam res per se subsistenses, atque ex alia caussa; quare, insula prius petita, non possunt deinceps peti ligna, et lapides insulae cohaerentes (2), utique vero tamquam ab aedibus separata, cujus proinde pars amplius non intelliguntur (3): atque eodem modo de fructibus sentiendum est (4).

(1) *D. l. Si quis* 7. §. 1. *ff. hoc tit.*, *Fab. cod. de re judic. lib.* 7. *tit.* 19. *defin.* 5.

(2) *D. l.* 7. *in princip.*

(3) *D. l.* 7. §. *Sed in caementis* 2.

(4) *D. l.* 7. §. *De fructibus* 3. *ff. hoc tit.*

§. 1342.

Idem tradit Ulpianus de eo, qui prius haereditatem petierit, tum singulas res petat, vel viceversa (1), vel qui debitum, utique haereditarium, petierit a debitore haereditario, atque deinceps petat haereditatem; ita ut rei judicatae exceptio illi obstet; quia, cum petitur haereditas, et corpora, et actiones, quae in haereditate sunt, videntur in petitionem deduci (2): quae ratio probat, singula corpora tunc existentia amplius peti non posse ab eo, qui prius gregem petierit, et condemnatus fuerit, nec vicissim (3).

(1) *D. l. Si quis* 7. §. *penult. ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 7. §. *ult. ff. hoc tit.*

(3) *L. Si cum argentum* 21. §. 1. *ff. hoc tit.*

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 2. Cod. l. 7. tit. 56.

§. 1343.

Cum autem caussa proprietatis a possessionis caussa omnino distincta sit (1), recte tradit Paulus, eum, qui interdicto egerit de possessione, et superatus est, deinceps de proprietate agentem non repelli exceptione rei judicatae (2).

(1) *L. Naturaliter* 12. §. 1. *ff. de acquirend. possession.* (41. 2.)

(2) *L. Et an eadem* 14. §. *ult. ff. hoc tit.*

§. 1344.

Postremo requirimus ad exceptionem rei judicatae, ut eadem sit agendi caussa (§. 1322.). Eadem porro caussa intelligitur inspecta origine petitionis (1), idest si eadem quaestio recurrat in posteriore lite, tametsi alio judicio agatur (2), seu alia actione (3): puta, qui egit petitione haereditatis, et repulsam passus est, non potest deinde agere familiae erciscundae, quia semper eadem vertitur quaestio, an sit cohaeres.

(1) *L. Si mater* 11. §. *Eandem* 4. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si quis* 7. §. *Et generaliter* 4. *ff. hoc tit.*

(3) *L. De eadem re* 5. *ff. hoc tit.*

§. 1345.

Hinc etiam obstat rei judicatae exceptio legatario, qui legatum petierit actione ex testamento, nec obtinuerit, tum hypothecaria, aut rei vindicatione experiri velit (1): nec non emptori, qui actione redhibitoria, vel quanti minoris egerit adversus venditorem ob rei vitium, propter quod empturus non fuisset, et utraque actio competere possit (2).

(1) *Argum. l. Cum filius* 76. §. *penult. ff. de legat.* 2, (31. 1.)

(2) *L. Si is, qui* 25. §. 1. *ff. hoc titul.*

§. 1346.

Potest tamen contingere, ut in posteriore judicio moveatur eadem quaestio, de qua priore judicio disceptatum est, nec tamen eadem sit petendi caussa, seu eadem origo petitionis (§. 1344.); adeoque non obstet rei judicatae exceptio: puta si is, qui vindicatione egit, et victus est, quaesito postea rei dominio, rursus agat, ex nova acquisiti dominii caussa (dict. §. 1344.). Idem dicendum, si reus vindicatione conventus absolutus fuerit, quia nec possidebat, nec dolo malo possidere desierat, atque deinceps possessionem nanciscatur (1): eadem utique est petitionis origo in actore, sed diversa in reo propter acquisitam deinceps possessionem.

(1) *L. Si rem meam* 17. *ff. hoc tit.*

§. 1347.

Ex his sequitur, lata favore creditoris mariti sententia contra uxorem constante matrimonio, non induci exceptionem rei judicatae odio mulieris, quae post mortem viri de pignorum dotalium jure experiatur adversus eundem creditorem, et possessorem (1); quia nova est petendi caussa, et novum jus (2): cum mulier constante matrimonio, nec agendo, nec excipiendo ullum jus habeat in bona mariti, praeterquam ex caussa assecurationis, seu dotis in tuto collocandae (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. quibus res judic. non noc. lib.* 7. *tit.* 22. *definit.* 4. *in princip.*

(2) *D. l. Si mater* 11. §. *Eandem* 4., *l. Et an eadem* 14. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Si constante* 24. *ff. solut. matrimon.* (24. 3.), *l. Ubi adhuc* 29. *cod. de jur. dot.* (5. 12.)

§. 1348.

Quod si mulier haec, marito defuncto, passa sit, eandem sententiam executioni demandari, summo quidem jure videri potest recessisse a jure pignoris, tacite consentiendo executioni, quam impedire potuisset, et debuisset (1): humanius tamen, et aequius est succurri mulieri (2), ne ex juris ignorantia, quae ipsi regulariter non imputatur (3), damnum sustineat dotis, quamquam mulieri salvam esse publice interest (4).

(1) *L. Si debitor* 4. §. 1. *ff. quibus mod. pign., vel hypothec. solvat.* (20. 5.)
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 22. *d. definit.* 4., *num.* 4. *et seqq.*
(3) *L. Regula est* 9. *ff. de jur., et fact. ignorant.* (22. 6.)
(4) *L. Reipublicae* 2. *ff. de jure dot.* (23. 3.)

.nst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 2 Cod. l. 7. tit. 56.

§. 1349.

Sed quid dicendum, si aliqua quaestio obiter recurrat, quae quidem instituta fuit in priore judicio, non tamen definita? Quaestio haec in posteriore judicio moveri potest, quin obstet rei judicatae exceptio; etenim sententia ad ea se refert, quae sunt in conclusione libelli; atque licet quaestio illa, sive agendo, sive excipiendo proposita, tacite rejecta videri possit, tamquam ad caussam non faciens, vere tamen pronunciatum non est, eandem injustam, vel inutilem esse (1); adeoque prior sententia non impedit, quominus quaestio haec in alio judicio allegetur (2).

(1) *Brunneman. in Pandect. ad l. De eadem re* 5: *ff. hoc tit.*
(2) *D. l. Si mater* 11. §. *Eandem* 4. *ff. hoc tit.*

§. 1350.

Fingamus, Titium a Maevio petere canonem annuum tamquam ex emphyteusi debitum (1); Maevium vero allegare, se dedisse illud Sempronio, qui fundi, seu emolumenti usumfructum habet, et praeterea negare, Titium fundi dominum directum esse; quaestio de dominio incidens est; proinde si plene tractata non fuerit, in alio judicio moveri potest, nec Titio obstat exceptio rei judicatae, qua in petitione canonis repulsam passus est eo fundamento, quod canon annuus fundi emphyteutici usufructuario solvi debeat.

(1) *L. In emphyteuticariis* 2. *codic. de jur. emphyteut.* (4. 66.)

§. 1351.

Notanda hic est differentia inter actiones reales, et personales: si personali actione res petita fuerit, ex nova caussa rursus in personam agi potest (1); quia eadem res saepius, et diversis ex caussis ab eadem persona deberi potest (2): sed si in rem actum sit, neutiquam expressa speciali caussa, caussae omnes comprehensae censentur, ita ut rursus agi nequeat; cum amplius, quam semel, rem mea esse non possit (3).

(1) *L. Et an eadem* 14. §. *Actiones* 2. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Non ut ex pluribus* 159. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(3) *D. l.* 14. §. 2. *in fin., et d. l.* 159.

§. 1352.

Si quaeratur, quo tempore objicienda sit exceptio rei judicatae, respondemus, initio litis objici posse, ut inde litis ingressus impediatur (§. 1319.): si tamen a judice fortassis admissa non fuerit, non prohibetur reus eam deinceps allegare (1), exemplo caeterarum exceptionum, quae peremptoriae sunt, atque opponi possunt in progressu caussae; cum exceptio haec sine dubio peremptoria sit, utpotequae non differt tantum, sed omnino extinguit jus actoris.

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 6.

§. 1353.

Cessat rei judicatae exceptio, si reus sententia judicis absolutus, sciens patiatur, rursus secum agi de eadem re per eundem actorem, atque ex eadem caussa, nec eandem objiciat; quia tacite intelligitur, jure sibi per sententiam quaesito renunciasse (1); eadem autem vis est taciti, ac expressi consensus in illis, quae ab alterius prohibere non impediti arbitrio pendent (2).

(1) *Argum. l. In duobus* 28. §. *ult. et l. seq. ff. de jurejurand.* (12. 2.)
(2) *L. Soluto matrimonio* 2. §. *ult. ff. solut. matrimon.* (24. 3.)

§. 1354.

Idem affirmandum, si exceptionem rei judicatae reus quidem allegaverit, sed judex, negante actore, pronunciaverit, non fuisse judicatum (1). Sed nulla esset posterior

ff. l. 2. tit. 15 Cod. l. 2. tit. 4. judicis sententia priori contraria, si judex, insuper habita rei judicatae opportuno tempore opposita exceptione, de caussa rursus cognovisset, et contrarium pronunciasset; ita ut nec provocare a posteriori sententia necesse sit (2).

(1) *L. 1. ff. quae sentent. sine appellation. rescindant.* (49. 8.)
(2) *L. 1. cod. quand. provocar. non est necess.* (7. 64.)

§. 1355.

Ab exceptione rei judicatae non multum distat exceptio, quae ab interpretibus *litis pendentis* appellatur: eaque locum habet in omnibus casibus, in quibus, lite finita, rei judicatae exceptio objici potest, iisdemque conditionibus (§. 1322.), nimirum quoties lis apud alium judicem pendet inter easdem personas, de eadem re, atque ex eadem caussa (1). Judicium ibi finem habere debet, ubi semel acceptum est, seu initium habuit (2); licet alter ex litigantibus, postquam in jus vocatus est, fori privilegium acquisierit (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 8. tit. 24. defin. 44.*
(2) *L. Ubi acceptum 30. ff. de judic.* (5. 1.)
(3) *L. Si quis 7. ff. eod. tit.*

§. 1356.

Lis autem pendere intelligitur, ut modo innuimus (§. praeced.), per solam in jus vocationem, licet contestatio nondum secuta sit (1); quia sola in jus vocatio praeventionem inducit. Quod si actor, qui reum in jus vocaverat, praefinita cognitionis die, se non sistat, atque ideo edictum citationis peremptum sit (2), litis pendentis coram eo judice exceptionem reo dandam plures sentiunt: ita ut actor deinceps illum coram alio judice convenire nequeat (3), cum actor reum invitum non possit ad alium judicem transferre, ex quo coram uno in jus vocavit, licet omnes litis impensas offerat (4). Sed de hac re fusius suo loco agemus.

(1) *D. l. 7. ff. de judic., l. ult. in fin. cod. de in jus vocand.* (2. 2.)
(2) *L. Et post edictum 73. §. 1., et 2. ff. de judic.* (5. 1.)
(3) *Voet in ff. hoc tit. num. 7.*
(4) *L. Qui semel 4. princip., §. 1., et 2. cod. de in jus vocand.*

§. 1357.

Cum exceptio litis pendentis non peremptoria, sed dilatoria tantum sit, seu fori declinatoria, sponte sequitur, ante litis contestationem objici debere (1). Quod si a judice posteriore rejecta fuerit, ab illius sententia appellari potest secundum ordinarias juris regulas (2).

(1) *L. ult. cod. de exceptionib.* (8. 36.)
(2) *L. 1., et passim ff. de appellationib., et relationib.* (49. 1.)

TITULUS XXVI.

De transactionibus.

Digest. lib. 2. tit. 15.
Cod. lib. 2. tit. 4. } *De transactionibus.*

SUMMARIA.

Cur de transactionibus hoc loco agendum sit? §. 1358.
Quae sint de transactionibus expendenda? §. 1359.

§. 1358.

Quamquam transactio, si nudo contextu fiat, pactis annumeranda sit, atque ideo de transactione tum in Pandectis, tum in Codice transactiones post tractatum de

ff. l. 2. tit. 15. Cod. l. 2. tit. 4.

pactis expenduntur; quia tamen ad stipulationem quoque accedit, si verborum solemnitas intervenerit (1), atque ad contractus innominatos, si datione, vel facto confirmatum fuerit, quod fuerat per simplicem de re dubia conventionem definitum (2), atque rei judicatae vim obtineat (3); ita ut rescripserint Imperatores, caussas, vel lites transactionibus legitime finitas neque Imperiali rescripto resuscitari oportere (4); idcirco commodus, nec inopportunus post exceptionem rei judicatae de transactionibus agendi locus est.

(1) *L. Actione* 4., *l. Cum mota* 6., *l. Ut responsum* 15. *cod. hoc tit.*
(2) *L. Cum proponas* 17. *cod. hoc tit.*
(3) *L. Jusjurandum* 2. *ff. de jurejurand.* (12. 2.), *l. unic. cod. de error. calcul.* (2. 5.)
(4) *L. Caussas* 16. *cod. hoc tit.*

§. 1359.

De transactione haec sunt investiganda: 1. Quid sit, quotuplex, quibus modis fiat: 2. Qui transigere possint: 3. De quibus rebus transigere liceat: 4., et postremo, quis sit transactionis effectus.

CAPUT I.

Quid, et quotuplex sit transactio; et quibus modis ineatur.

SUMMARIA.

Transactio est conventio onerosa de re dubia. §. 1360.
Dubiae res sunt, de quibus incertum est jus, et fallax eventus. §. 1361.
Transactio dividi potest in generalem, et specialem: judicialem, atque extrajudicialem. An judicialis majorem vim habeat? §. 1362., et 1363.
Transigi potest pure, vel sub conditione: an etiam sine scripto? §. 1364.
Quid si transactioni adjectum fuerit jusjurandum? §. 1365.

§. 1360.

Transactio rite definitur conventio onerosa de re dubia: addunt aliqui vel de lite incerta, sed perperam, ut ex mox dicendis constabit. Conventionis verbum generale est, quo transactio cum pactis, et contractibus convenit: caetera definitionis verba transactionem a pacto, et contractibus distinguunt. Atque imprimis *onerosa* conventio dicitur, quo differt a pacto, quod gratuitum esse potest; quia transactio nullo dato, retento, vel promisso viribus caret (1).

(1) *L. Transactio* 38. *cod. hoc tit.*

§. 1361.

De re dubia transactio fit; atque in hoc etiam differt a pactis, quae de rebus certis iniri possunt, et solent: dubiae autem res sunt, de quibus dubium est jus, et dubius eventus; sive ex incertitudine conditionis adhuc pendentis, licet nulla sit, aut metuatur lis; veluti de fideicommisso conditionali inter haeredem fiduciarium, et fideicommissarium (1), sive de incerta victoria litis motae, aut adhuc movendae, seu quae movenda metuitur (2): ex quo patet, litis incertae mentionem in transactione definienda fieri necessario non oportere; cum res dubia litem incertam sub se comprehendat.

(1) *L. De fideicommisso* 11. *cod. hoc tit.*
(2) *L. Cum te proponas* 2. *cod. hoc tit.*

§. 1362.

Transactio doctrinae caussa dividi ab aliquibus solet in generalem, et specialem, judicialem, atque extrajudicialem. Generalis, seu universalis est transactio, quae initur

ff. l. 5. tit. 15. Cod. l. 2. tit. 4.

de jure aliquo universo, seu quo rerum universitas continetur, puta haereditate, vel fideicommisso universali: specialis, quae de re aliqua, vel etiam pluribus rebus, sed invicem per se disjunctis fit: generalis tum per Aquilianam stipulationem (1), tum per simplex pactum fieri potest.

(1) *De qua in l. Aquiliana 4., et seq. ff. hoc tit.*

§. 1363.

Judicialis transactio in judicio, et judice auctoritatem praestante celebratur; extrajudicialis nudo partium consensu perficitur: quamquam ad vim transactionis parum refert, utrum in judicio, an extra judicium interponatur (1); nisi Senatus auctoritate comprobata fuerit, quo casu apud nos cautum, ne ex caussa etiam laesionis enormissimae rescindi possit (2), dummodo praescriptae conditiones servatae fuerint (3).

(1) *L. Sive apud acta 28. cod. hoc tit.*
(2) *Reg. Constit. lib. 5. tit. 20. §. 2.*
(3) *Reg. Constitut. ibid. §. 3.*

§. 1364.

Transigi potest pure, vel sub conditione (1), scriptura interveniente, vel sine scripto; et postrema eandem vim jure Romano habet, ac scripta, dummodo probationem habeat (2): sed apud nos scriptura necessaria est, si ex caussa transactionis rerum immobilium alienatio sequatur (3): in reliquis opportuna admodum est scriptura ad rei gestae probationem.

(1) *L. Si super 9. cod. hoc tit.*
(2) *D. l. 28. in med. cod. hoc tit.*
(3) *Reg. Constit. lib. 5. tit. 22. cap. 4. §. 1., et 8.*

§. 1365.

Transactioni, si jus Romanum spectemus, adjici potest jusjurandum; quo adjecto cautum, ut contrahens, qui eam implere detrectet, in vindictam spreti Divini Nominis infamia notetur, rerum suarum proprietatem amittat, atque omnibus transactionis emolumentis careat (1). Sed municipali lege, ut saepe, oblata occasione, animadvertimus, vetitum est, ne contractus quicumque jurejurando firmentur (2); viribus alioquin cariturі tamquam simulati, et per fraudem extorti (3).

(1) *L. Si qui major 41. cod. hoc tit.*
(2) *Reg. Constitut. lib. 5. tit. 11. §. 13.*
(3) *Reg. Constitut. ibid. §. 14.*

CAPUT II.

Qui transigere possint.

SUMMARIA.

Transigere possunt omnes, qui liberam administrandi facultatem habent. §. 1366.
Tutores, curatores, et universitatum administratores transigere ex justa caussa possunt de rebus mobilibus. §. 1367.
An de rebus immobilibus sine judicis decreto his transigere liceat? §. 1368., et 1369.
An procuratoribus transigere liceat? §. 1370.
An patri de rebus filii transactio permittatur? §. 1371.
An transactio cum universitate facta a patre a plebeiis oneribus immuni noceat filio? §. 1372., et 1373.
Transactio inter virum nobilem, atque universitatem de jure immunitatis confirmari non debet a Senatu, nisi prius audito procuratore generali. §. 1374.

Haeres fiduciarius, pendente conditione, transigere potest de rebus fideicommissariis. §. 1375., *et* 1376. ff. l. 2. tit. 15. Cod. l. 2. tit. 4.

An transactio haeredis fiduciarii cum fideicommissario noceat hujus liberis, sive haeredes sint, sive paternam haereditatem repudient? §. 1377., *et* 1378.

An vassallus sine domini consensu de re feudali recte transigat? §. 1379.

Unus ex pluribus litis consortibus, qui litem simul contestati sint, transigere posse videtur, aliis invitis. §. 1380., *et* 1381.

§. 1366.

Transigere generatim possunt omnes, qui liberam bonorum administrationem habent: liberam administrationem requirimus; quia in omni transactione aliquid datur, vel promittitur (1); dare autem, vel promittere rem non potest, nisi qui libera gaudet administrandi facultate; quia autem in transactione non unus tantum donat, sed vicissim aliquid ab altero contrahente recipit (2), idcirco facilius permittitur transactio, quam donatio, perditioni aequiparata (3).

(1) *L. Transactio* 38. *cod. hoc tit.*

(2) *D. l.* 38., *l. Cum ea* 21. *cod. hoc tit.*

(3) *L. Filiusfamilias* 7. *ff. de donat.* (39. 5.)

§. 1367.

Hinc transigere possunt tutores, dummodo ex justa caussa, et pupillorum utilitate prae oculis habita (1); curatores, minore consentiente; minor curatore destitutus recte transigit, dummodo immobilia bona inde non alienet; si vero curatorem habeat, laesus in integrum restituitur adversus transactionem eo probante factam (2). Universitatum syndici, et administratores de rebus mobilibus ad universitatem pertinentibus recte transigunt, dummodo jus certum non remittant (3), ut supra diximus (§. 378.)

(1) *L. Lucius* 46. §. *ult. ff. de administrat., et peric. tutor.* (26. 7.)

(2) *L. Si curatorem* 3. *cod. de in integr. restitut.* (2. 22.), *l. De fideicommisso* 11., *l. Si majores* 25. *cod. hoc tit.*

(3) *L. Praeses* 12. *cod. hoc tit.*, *l. Ambitiosa* 4. *ff. de decret. ab ordin. faciend.* (50. 9.)

§. 1368.

Si tamen quaestio sit de rebus immobilibus minorum, et similium, quae sine judicis decreto, et quibusdam solemnibus alienari nequeunt, hae quoque solemnitates in transactione servari debent, si administrator vi transactionis cedat adversario rem litigiosam immobilem, quam tenebat adversarius ipse, aliquo accepto, vel, potiori ratione, det adversario rem immobilem minime litigiosam a minore, vel universitate possessam, ut vicissim adversarius a lite super alia re discedat (1).

(1) *L. Non solum* 4. *cod. praed., et aliis rebus minor. etc.* (5. 71.), *V. Tom. II. pag.* 369. §. 1412., *et seqq.*

§. 1369.

Si vero id per transactionem agatur, ut res immobilis penes minorem maneat, vel ei tradatur, ipse vero alteri transigenti donet rem, cujus alienatio decretum non requirit, nec in hac transactione judicis auctoritas necessaria est (1). Idem dicendum plures sentiunt, si res immobilis litigiosa non a pupillo, sed ab adversario possideatur, atque ex caussa transactionis eidem relinquatur; quia non videtur in hoc casu alienata, cum in dubio possidentis praesumatur (2). Sed in his, quae suis locis fuse expendimus, diutius immorandum non arbitramur.

(1) *Argum. l. ult. cod. quand. decr. opus non est* (5. 72.)

(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 2. *post alios plures.*

§. 1370.

Procuratores quod attinet, supra diximus (§. 379., et seqq.), nonnisi ex speciali mandato, vel libera bonorum administratione collata transigere posse (1): vel si quis

ff. l. 2. tit. 15. Cod. l. 2. tit. 4.

in rem suam procurator sit (§. 384., et seqq.); hic quippe suo nomine, et ad suam utilitatem agit: proinde si damnum ex inconsulta transactione sentiat, sibi non aliis debet imputare (2). Idem dicendum de marito (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 4. defin. 7.*

(2) *L. Quod quis ex culpa sua damnum 203. ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) *L. Mandato 60. ff. de procurat.* (3. 3.)

§. 1371.

Pater transigere nequit de rebus filii sui emancipati (1); utpote qui pro extraneo habetur (2). Neque transigere potest pater de peculio castrensi, et quasi castrensi filiorum; quia et in his filii gaudent jure patrumfamilias (3). De adventitiis bonis, si filius aetate major sit, pater, eo consentiente, recte transigit (4): si vero in minori aetate filius constitutus reperiatur, pater solus ad filii utilitatem transigere non prohibetur (5).

(1) *L. De re filiorum 10. ff. hoc tit.*

(2) *L. Si genero 26. cod. de jur. dot.* (5. 12.)

(3) *L. Usque ad quantitatem 2. ff. de S. C. Macedon.* (14. 6.)

(4) *L. ult. §. Ubi autem 3. cod. de bon. quae liber.* (6. 61.)

(5) *V. Tom. V. §. 1207., et seqq. pag. 317.*

§. 1372.

Hinc recte tradit Faber, transactionem cum universitate factam a patre, qui ex nobilitatis privilegio a plebeiis oneribus immunis erat, eoque nomine annuum quid promiserat, non nocere filio, nisi eam sponte probare malit, si ab avis, non a solo patre nobilitatem habeat, quemadmodum nec ei noceret, quod pater sordidis artibus, aut alia quacumque ratione nobilitatem amisisset (1); quia pater adimere non potest filio, quod filius aliunde, quam a patre, habet (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 4. def. 8. in princip.*

(2) *L. Emancipatum 7. §. ult. ff. de senatorib.* (1. 9.)

§. 1373.

Aliud facile affirmandum, si pater certum quid praestitisset, quo unica solutione tota fuisset obligatio perempta; vix enim est, ut hoc sine caussa, et indebite solutum videri possit (1), cum et admixta in hac re sit caussa pietatis, ne ex unius, aut alterius immunitate laedatur, et supra modum oneretur universitas, quae pupillis, viduis, et orphanis constat (2). Multo magis repellendus est filius transactionem impugnans, si factum patris, pendente lite, et incerto adhuc immunitatis jure, adprobaverit (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 4. d. def. 8. in med.*

(2) *L. Et qui originem 3. §. Praeses provinciae 15. ff. de muneribus, et honoribus* (50. 4.)

(3) *L. In diem 9. §. 1. ff. de aqua, et aqua pluv. arcend.* (39. 3.), *Fab. d. definit. 8. in fin.*

§. 1374.

Plane, scite subjicit ex Senatus Sabaudi placito idem Faber (1), transactio inita inter virum nobilem, et universitatem de immunitatis jure, etiamsi aliquid universitati ex ea caussa datum sit, a Senatu confirmari non debet, seu, ut ajunt, homologari, nisi prius audito procuratore generali (2); ne alioquin publica jura privatorum pactionibus subvertantur, et tributis fiscalibus praejudicium fiat; quod minime ferendum est (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 4. def. 11.*

(2) *L. Non intelligitur 3. §. Divus Adrianus 9., l. Si fiscus 7. ff. de jure fisci* (49. 14.)

(3) *L. Jus publicum 38., l. Inter debitorem 42. ff. de pact.* (2. 14.)

§. 1375.

Quaerunt interpretes, utrum haeres fiduciarius transigere possit cum aliis de rebus per fideicommissum restituendis, pendente fideicommissi conditione, ita ut transactio sine consensu fideicommissarii inita ipsi tamen post implementum, seu existentiam conditionis, atque restitutum fideicommissum nocitura sit. Sunt, qui negant, ajentes fideicommissarium proprio, non haeredis fiduciarii jure ad fideicommissum pervenire (1). Affirmant alii, quorum sententiam, Fabro teste, licet contrarium sentiente, amplexus est Sabaudus Senatus (2).

ff. l. 2. tit. 16. Cod. l. 2. tit. 4.

(1) *L. Cum pater* 77. §. *Titio fratri* 31. *ff. de legat.* 2. (31. 1.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 4. *def.* 14.

§. 1376.

Posterior sententia a Sabaudis patribus probata juri magis consentanea videtur; videlicet transactionem haeredis fiduciarii fideicommissario nocere, dummodo res vere dubia fuerit, atque omnia bona fide gesta sint. Imprimis sententia haec adstrui potest auctoritate Papiniani respondentis, transactionem a fiduciario interpositam cum debitore haereditario post restitutam haereditatem nocere fideicommissario, si debitor factae restitutionis ignarus sit (1): porro si ignorantia restitutionis efficit, ut transactio noceat fideicommissario, multo magis nocere debet, si restituta nondum sit haereditas; prout satis aperte innuit Gajus de lite fiduciario mota post restitutum ex Trebelliano Senatusconsulto fideicommissum (2). Sed haec alibi fusius pertractavimus (3).

(1) *L. ult. in fin. ff. hoc tit.*

(2) *L. Facta* 63. §. *Si haeres* 2. *ff. ad S. C. Trebellian.* (36. 1.)

(3) *V. Tom. VIII.* §. 1399. *et seqq. pag.* 342.

§. 1377.

Si ergo nocet fideicommissario transactio fiduciarii cum extraneo, potiori ratione nocere debet, quae inita sit inter fiduciarium haeredem, et fideicommissarium de jure fideicommissi: nocere, inquam, tum transigentibus, tum eorum haeredibus (1); quippequi defuncti factum praestare tenentur (2). Nec interest, quod haeredum mentio in transactione facta non sit; quia in dubio quisque pactus creditur tum sibi, tum haeredibus suis (3).

(1) *L.* 1. *cod. de pactis* (2. 3.), *l. De fideicommisso* 11. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Cum a matre* 14. *cod. de rei vindicat.* (3. 32.)

(3) *L. Si pactum* 9. *ff. de probat.* (22. 3.)

§. 1378.

Quod si fiduciarius, et fideicommissarius inter se transegerint de fideicommissi jure, atque liberi paternam haereditatem repudiaverint, vel implorato inventarii beneficio adierint, nullum ex hac transactione damnum pati videntur, dummodo appareat, transactionem rite, et bona fide interpositam fuisse (1); quippe in primo casu patris neque factum, neque pactum praestant (2); in altero nullum in propriis juribus damnum sentiunt (3).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 9.

(2) *D. l. Cum a matre* 14. *cod. de rei vindicat.* (3. 32.)

(3) *L. ult.* §. *Et si praefatam* 4. *cod. de jur. deliberand.* (6. 30.)

§. 1379.

Ex his colligi potest, quid de vassallo sentiendum sit. Feudorum consuetudines vassallo indulgent, ut sine domini consensu de re feudali transigat, dummodo bona fide transactio fiat (1), ita ut si feudum aperiatur, transactionem aeque ac judicium cum vassallo motum dominus probare teneatur (2). Sed in hac re consulenda sunt singularum ditionum singularia statuta (3).

(1) *Feudor. lib.* 2. *tit.* 26. §. 5. *versic. Si vassallus de beneficio, et eodem lib.* 2. *tit.* 43.

ff. l. 2. til. 15. Cod. l. 2. tit. 4.

(2) *Feudor. d. lib. 2. tit. 43. in fin.*

(3) *De alienatione feudorum, et bonorum feudalium. V. Reg. Constitut. lib. 6. tit. 3. cap. 6.*

§. 1380.

Non consentiunt interpretes, utrum unus ex pluribus litis consortibus, qui litem simul contestati sint, transigere possit, invitis aliis, vel ignorantibus. Quidam negant, congruentius alii affirmare videntur; cum enim socio liceat, invitis caeteris, de sua parte disponere, etiam alienando in extraneos (1), nulla afferri potest ratio, cur denegari debeat facultas ineundae transactionis, quae sopiendis litibus, reipublicae maxime exitiosis (2), inservit.

(1) *L.* 1. *codic. commun. dividund.* (3. 37.), *l. Falso* 3. *cod. de commun. rer. alienation.* (4. 52.)

(2) *L. Item* 4. §. 1. *in fin. ff. de alienat. judic. mutand. causs. fac.* (4. 7.)

§. 1381.

Parum movet, quod objiciunt ex Papiniano, interdictas esse post judicium acceptum alienationes (1); etenim agit jureconsultus de judicio familiae erciscundae inter cohaeredes, quod longe distat a casu, quem pertractamus. Minus nocet, in judicio quasi contrahi (2); etenim contrahitur utique inter actorem, et reum, non vero inter ejusdem litis consortes adversus tertium contendentes.

(1) *L. Alienationes* 13. *ff. famil. erciscund.* (10. 2.)

(2) *L. Licet tamen.* 3. §. *Idem scribit* 11. *ff. de pecul.* (15. 1.)

CAPUT III.

De quibus rebus transactio iniri possit.

SUMMARIA.

Transigi potest de rebus mobilibus, et immobilibus, juribus universalibus et singularibus, dummodo dubia sint. §. 1382.

An de re judicata transactio valeat? §. 1383., *et* 1384.

Transactio de illis, quae testamento continentur, non valet, nisi inspectae fuerint testamenti tabulae; vel aliunde notitia habeatur testamentariae dispositionis. §. 1385., *et* 1386.

Voluntates defunctorum salvas esse publice interest. §. 1387.

Transigi potest de alimentis contractu debitis. §. 1388.

De alimentis futuris ultima voluntate relictis transactio non valet, nisi judicis auctoritate confirmata fuerit. §. 1389., *et* 1390.

Transactio de alimentis futuris sustinetur, si noxia transigenti alimentario non sit. §. 1391.

An pacto gratis remitti possint alimenta futura? §. 1392.

Transactio de futuris alimentis judicis ratihabitione confirmatur. §. 1393.

Judex nonnisi caussa cognita transactionem de futuris alimentis probare debet. §. 1394.

Quis sit transactionis modus, et quae personarum inspectio fieri debeat? §. 1395., *et* 1396.

Transactio de alimentis futuris strictam recipit interpretationem. §. 1397.

Transigi potest de delictis praeteritis privatis quoad poenam pecuniariam laeso solvendam, sed non quoad publicam. §. 1398., *et* 1399.

De criminibus publicis capitalibus transactio permissa est. Quare? §. 1400.

An liceat de adulterio transigere? §. 1401., *et* 1402.

De adulterio etiam jure vetere soli consanguinei accusare poterant. §. 1403.

Quae sit Alexandri Imperatoris in hac re sententia? Quid de Basilicorum libris? §. 1404. ff. l. 2. tit. 15. Cod. l. 2. tit. 4.
Adulterium capitale crimen ante Constantinum fuisse videtur. §. 1405. *ad* 1407.
Transigere de criminibus capitalibus licet actori, et reo, sive ante, sive post litem contestatam: neque reus transigens pro confesso habetur, nec actor ulli poenae subjicitur. §. 1408., *et* 1409.
An publica utilitas suadeat, ne permittatur transactio de criminibus capitalibus? §. 1410.
Transactio de crimine capitali jus tantum facit inter transigentes. §. 1411.
Quis sit in hoc argumento hodierni fori usus. §. 1412.
Transigens de indemnitate, vel eo, quod interest, crimen fateri non intelligitur. §. 1413.
Transigere licet de libertate, ingenuitate, et familiae jure: quae tamen transactio personas transigentium non egreditur. §. 1414.

§. 1382.

Transigi potest de rebus omnibus (paucis exceptis, quas infra referemus), sive mobilibus, sive immobilibus (1), sive juribus, et actionibus universalibus (2), aut singularibus; non secus ac pactum iniri, a quo in hoc argumento vix distat transactio, cum et ipsa pactis adnumeretur (3). Sed hoc interest inter utrumque, quod pactum de rebus certis fieri potest; licet enim donationis caussa rem certam, atque indubitatam remittere, sed transactio non sustinetur, nisi sit de re dubia, seu lite incerta, nec dum finita (4). Quae autem dubia habeatur res, supra explicavimus (§. 1361.)

(1) *L. Si de certa re* 31. *cod. hoc tit.*
(2) *L. Cum te proponas* 2., *et seqq. cod. hoc tit.*
(3) *L. Transactum* 2. *ff. hoc tit.*, *V. Thesaur. lib.* 3. *quaest.* 90., *ubi probata fuit a Senatu transactio inter vassallum, et communitatem, qua communitas se obligaverat ad solvendam summam, cum vassalli filius militiae se adscriberet; atque censuit, quinquaginta scuta pro unoquoque filio danda esse, decem vero pro centenario pro filia nuptui danda, ita tamen ne scuta centum excedantur.*
(4) *L.* 1. *ff. hoc tit.*, *Osasc. decis.* 91. *num. ult.* ✠

§. 1383.

De re certa, veluti de re judicata, transactio non valet, nisi appellatio, quae judicatum extinguit (1), secuta sit, vel sequi possit (2), aut, elapsis appellationum temporibus, restitutio in integrum petita fuerit (2): multo magis, si negetur, judicatum esse, aut id vere dubium sit (4).

(1) *L.* 1., *et passim ff. de appellationib.* (49. 1.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 4. *defin.* 4. *in fin.*
(2) *L. Et post rem judicatam* 7. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Si caussa cognita* 32. *cod. hoc tit.*
(4) *L. Post rem judicatam* 11. *ff. hoc tit.*

§. 1384.

Sed hodiernis moribus, ait post alios Voetius, receptum est, ut ratae habeantur transactiones de negotio ex re judicata certo (1); quemadmodum apud Romanos probabatur transactio de re judicata, nec appellatione, aut restitutione suspensa, si jus ex sententia quaesitum Aquiliana stipulatione, et acceptilatione subsecuta peremptum fuisset (2). Nihil vetat, quominus, subtilitate insuper habita, Aquiliana stipulatio, atque acceptilatio secuta intelligatur, cum de re judicata transactio interponitur (3). Sed excipiendam tradit Faber transactionem de re a Senatu judicata, nisi adversus Senatusconsultum supplicatio Principi porrecta fuerit (4).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 11. *fer. in princip.*
(2) *D. l. Si caussa cognita* 32. *cod. hoc tit.*
(3) *Argum l. Juris gentium* 7. §. *Si paciscar* 13. *ff. de pact.* (2. 14.)
(4) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 4. *defin.* 4., *et* 5.

§. 1385.

ff. l. 2. tit. 15. Cod. l. 2. tit. 4.

Transactionem de iis, quae testamento continentur, non valere, nisi inspectis testamenti tabulis, vulgo placet, ita ut nec huic tabularum inspectioni renunciari possit (1): atque colligunt ex Gajo ita scribente: *De his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri aliter veritas potest, quam inspectis, cognitisque verbis testamenti* (2). Verum, ut alibi animadvertimus (3), verba haec ad factum potius referuntur, quam ad jus: videlicet innuit jureconsultus, prudenter transigi de his non posse, nisi verba testamenti inspiciantur, et cognoscantur; non vero ullam legem esse, quae prohibeat, ne contrahentes transigere possint, si malint, prout licet jactum retis certo pretio emere (4).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 12., *et* 13., *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 4. *definit.* 1. *in princip.*

(2) *L. De his controversiis* 6. *ff. hoc tit.*

(3) *V. Tom. I. pag.* 88. *disput.* §. 129., *et* 130.

(4) *L. Nec emptio* 8. *princip.*, *et* §. 1. *ff. de contrahend. emption.* (18. 1.)

§. 1386.

Mediam in hac controversia sententiam amplexus est Sabaudus Senatus; atque pronunciavit, valere transactionem de controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, si contrahentes verba testamenti scivisse probentur, licet ea non legerint: sed viribus destituti, tametsi huic inspectioni sponte renunciaverint, si aliunde nesciant, quid testamento contineatur (1). Sane, quamvis concedamus, Gaji sententiam ad jus pertinere (§. praeced.), per aequipollens tamen suppleri potest inspectio tabularum testamenti, prout in plerisque aliis casibus (2), neque lex sollicita fingi potest de modo, dummodo finis obtineatur.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 4. *defin.* 1.

(2) *L. Julianus ait* 47. §. 1., *l. ult. ff. mandat.* (17. 1.), *l. Julianus* 45. *ff. de condict., et demonstrat.* (35. 1.), *l. ult. cod. de donat., quae sub modo* (8. 55.)

§. 1387.

Sed defendi non sine ratione potest, legibus non sustineri transactionem de controversiis ex testamento proficiscentibus, si neque visae fuerint testamenti tabulae, neque aliunde perspecta habeant contrahentes, quae in illis disposita sunt, licet alii contractus incerti probentur (§. 1385.); quia publice interest, voluntates defunctorum salvas esse, atque exitum sortiri (1): quod fieri nequit, si testatoris dispositio plane ignota sit contrahentibus. Quamquam singularis haec lex lata non apparet; neque ex Gaji responso (2) latam fuisse certo colligi potest (d. §. 1385.)

(1) *L. Vel negare* 5. *ff. testament. quemadmod. aperiant.* (29. 3.)

(2) *In d. l. De his controversiis* 6. *ff. hoc tit.*

§. 1388.

De alimentis ex contractu debitis rite transigi absque decreto praetoris, et praevia caussae cognitione, apud omnes in confesso est (1); sicuti enim mutuo consensu deberi coeperunt, ita eodem consensu tolli, vel minui posse aequum est (2); cum naturali rationi consentaneum sit, unumquodque eodem modo dissolvi, quo colligatum fuit (3).

(1) *L. Cum hi, quibus* 8. §. *Haec oratio* 2. *in fin. ff. hoc tit.*

(2) §. *ult. institut. quib. mod. tollit. obligat.* (3. 30.)

(3) *L. Nihil tam naturale* 35. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1389.

Sed si ultima voluntate relicta fuerint alimenta, sive testamento, codicillis, donatione mortis caussa, interest, an in praeteritum debeantur, an in futurum. De alimentis ultima voluntate relictis, sed in praeteritum debitis transigere non prohibent leges (1);

quae enim in praeteritum debentur, atque solvenda fuerunt, alimentorum naturam habere desierunt; nemo in praeteritum vivit, aut ali potest: ideoque simplicis legati jure censentur, de quo vetita transactio non est (2). ff. l. 2. tit. 15. Cod. l. 2. tit. 4.

(1) *L. De alimentis* 8. *cod. hoc tit.*

(2) *Argum. l. Cum mota* 6., *l. De fideicommisso* 11. *cod. hoc tit.*

§. 1390.

De alimentis autem futuris, seu in futurum tempus praestandis vi ultimae cujuscumque voluntatis transactio, secundum Divi Pii constitutionem, seu orationem in Senatu recitatam, rata non habetur, nisi praetoris auctoritate fuerit confirmata (1), sive in perpetuum relicta fuerint, sive ad certum tempus (2), sive plena alimenta legata sint, nimirum cibaria, vestes, et habitatio, sive minus plena, puta habitatio tantum, vel sola cibaria (3): quod quidem optima ratione constitutum est, ne hi, quibus alimenta legata sunt, temere transigant, et lucri praesentis illecebra capti, modico contenti sint (4); atque ita subvertatur testatoris voluntas, qui conjunctis personis in luxum, vel prodigalitatem forte pronis consulere voluit.

(1) *L. Cum hi, quibus* 8. *princip.*, §. 1., *et* 2. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 8. §. *Sive igitur* 3.

(3) *D. l.* 8. §. 1. *ff. hoc tit.*

(4) *D. l.* 8. *in princip.*

§. 1391.

Sed ab hac lege, seu necessitate judicialis decreti immunis est transactio haec, si alimentarius transigens meliorem reddat conditionem suam, aut saltem non deteriorem; puta convenerit, ut in singulos menses consequatur, quod in singulos annos relictum fuerat, vel initio anni, quod, eo completo solvi jusserat alimentorum caussa testator (1): idem tradit Ulpianus, si res per legatum solvenda tantum commutata fuerit, puta frumentum loco pecuniae, aut vicissim (2).

(1) *D. l. Cum hi, quibus* 8. §. *Eam transactionem* 6. *in fin. ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 8. §. *penult.*, *et ult.*

§. 1392.

Neque desunt, qui probabiliter defendunt, valere etiam sine judiciali decreto pactum, quo quis gratis remittat alimenta sibi legata (1); quia in hoc casu cesset prohibitionis ratio, seu periculum, ne legatarius pinguia alimenta amittat, modica praesentis pecuniae quantitate contentus (2); adeoque lex ipsa cessare debeat (3). Sed sententia haec difficultate non caret, cum prima legis ratio sit, ne voluntates defunctorum temere subvertantur (§. praeced.); alioquin prohibenda quoque esset transactio de alimentis contractu inter vivos debitis, in quibus idem est periculum, et idem alimentarii favor; quae tamen a legibus probatur (§. 1388.)

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 6. *prop. fin.*

(2) *D. l. Cum hi, quibus* 8. *in princ. ff. hoc tit.*

(3) *L. Quod dictum* 32. *ff. de pact.* (3. 14.), *l. Adigere* 6. §. *Quamvis nulla* 2. *ff. de jur. patronat.* (37. 14.)

§. 1393.

Facilius recipi potest, quod subjiciunt, valere transactionem de alimentis futuris ultima voluntate relictis, licet judicis decretum non praecesserit, dummodo ratihabitione, seu auctoritate magistratus deinde firmetur (1): decretum judicis non tam ad transactionis solemnitatem pertinet, quam ad alimentarii transigentis indemnitatem; de qua etiam post transactionem cognosci potest; adeoque nihil impedit, quominus ratihabitio judicis decreto aequiparetur (2).

(1) *Voet in ff. hoc tit. d. num.* 14. *prop. fin.*

(2) *L. ult. cod. de S. C. Macedonian.* (4. 28.)

ff. l. 2. tit. 15. Cod. l. 2. tit. 4.

§. 1394.

Caussae cognitio, quae judicis decretum praecedere debet, tria respicit: 1. Transigendi caussam: 2. Modum: 3. Transigentium persouas (1). Transigendi justas caussas plures enumerat Ulpianus; si alibi haeres, alibi alimentarius domicilium habeat; vel hic destinaverit alio transferre domicilium, ita ut sine gravi aliquo incommodo recipi nequeant alimenta, vel legatarius praesenti pecunia indigeat; aut alimenta a pluribus solvi debeant, quos minutatim singulos difficile, atque incommodum sit convenire: et his similia, prout judex prudenter existimaverit (2).

(1) *L. Cum hi, quibus* 8. §. *Vult igitur* 8. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 8. §. *In caussa* 9.

§. 1395.

Modus transigendi eo pertinet, ut ratio habeatur quantitatis alimentorum, et praesentis pecuniae, quae semel pro alimentis datur (1): major, vel minor pecuniae quantitas danda est inspecta valetudine, atque aetate ejus, cui relicta sunt alimenta, utpotequae cum vita finiuntur (2): atque exemplum sumere potest judex ab aestimatione alimentorum, et ususfructus proposita, cum de lege Falcidia agitur (3).

(1) *D. l. Cum hi, quibus* 8. §. *Modus quoque* 10. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 8. §. 10. *in fin.*

(3) *L. Computationi* 68. *ff. ad leg. Falcid.* (35. 2.)

§. 1396.

Personarum inspectio duplex est: videlicet inspicienda tum persona alimentarii, tum illius, qui ex praecepto testatoris alimenta praestat. In alimentarii persona inspicitur, utrum vitae frugis sit, ita ut ea parare sibi possit, vel aliunde, vel ex pecunia pro illis solvenda; an talis, ut vix sperari possit sibi prospecturus; immo timeatur pecuniam dissipaturus (1).

(1) *D. l. Cum hi, quibus* 8. §. *Sed et personarum* 11. *ff. hoc tit.*

§. 1397.

Caeterum transactio de alimentis, utpote de re singulari favore digna (§. 1390.), strictam recipit interpretationem, ita ut ultra res verbis expressas difficile extendatur. Quare transigens de alimentis, nec de habitatione, nec de vestiario transegisse intelligitur, nisi et de his specialis facta fuerit mentio (1); vel aliunde appareat, de his quoque contrahentes sensisse, prout apparere potest ex quantitate pecuniae semel pro alimentis solutae. Legati alimentorum plenior fit interpretatio, quippequod vestitum, et habitationem complectitur (2): sed ita postulat justa voluntatis interpretatio favore legatarii, ut consequatur id omne, quod ad vitam sustentandam necessarium est.

(1) *D. l. Cum hi, quibus* 8. §. *Qui transigit* 12. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Legatis* 6., *l. ult. ff. de aliment. legat.* (34. 1.)

§. 1398.

Simile quoddam jus, ac in alimentis ultima voluntate relictis, servatur in delictis: nimirum transigi potest de delictis praeteritis privatis quoad poenam pecuniariam (1) laeso solvendam; nec enim prohibendus est laesus, ne jus sibi competens sponte, vel aliquo accepto remittat (2); nec ullum inde damnum imminet reipublicae; cum delinquens adhuc puniri possit in reipublicae laesae satisfactionem, ut mox dicturi sumus.

(1) *L. Si pignore* 54. §. *ult.*, *l. Interdum* 56. §. *Qui tutelam* 4. *ff. de furtis* (47. 2)

(2) *Argum. l. Si quis in conscribendo* 29. *cod. de pact.* (2. 3.)

§. 1399.

Sed privatorum transactio poenam legibus praestitutam non tollit, puta infamiam ex furto (1); nisi auctore praetore quis transegerit, vel gratuito, pactus sit (2).

(1) §. *Ex quibusdam* 2. *institut. de poena temere litigant.* (4. 16.)

(2) *L. Furti* 6. §. *Pactusve* 3. *ff. de his, qui notant. infam.* (3. 2.)

§. 1400.

De criminibus publicis poenam sanguinis irrogantibus permissa est transactio, non de caeteris minime capitalibus. *Transigere, vel pacisci de crimine capitali, excepto adulterio, prohibitum non est,* ajunt Imperatores Diocletianus, et Maximianus: *in aliis autem publicis criminibus, quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet citra falsi accusationem* (1): visum est aequitati consentaneum, ignoscere illis, qui sanguinem suum quomodocumque redimere satagunt, non caeteris (2). ff. l. 2. tit. 15. Cod. l. 2. tit. 4.

(1) *L. Transigere* 18. *cod. hoc tit.*

(2) *L.* 1. *ff. de bon. eor., qui ant. sentent. mort. sibi consciver.* (48. 21.)

§. 1401.

Dissentiunt interpretes, utrum a legis indulgentia, quae transactionem de criminibus poenam sanguinis irrogantibus permittit, excipiendum sit adulterium. Negant aliqui, existimantes allatae modo constitutionis verba, *excepto adulterio* (§. praeced.), a Triboniano perperam adjecta fuisse. Affirmant alii contendentes, ratam non haberi de adulterii crimine transactionem; atque horum sententia tum naturali rationi, tum civili juris praescripto magis consentanea videtur.

§. 1402.

Imprimis pro arbitrio fingunt contra sentientes, verba *excepto adulterio* Triboniani esse, non Imperatorum (1): expedita profecto, et facilis legum interpretandarum ratio haec est; sed minus apta, cum a legum emendatione, quantum fieri potest, abstinendum sit, nisi necessitas urgeat: ne alioquin certiora legum scita pro interpretum arbitrio subvertantur: praeterquamquod non deest justa exceptionis caussa; tum quia in lenocinii crimen incidere videtur, qui de adulterio transigit (2); tum quia gravissimum adulterii crimen facile impunitum esset, si transactio de eo permitteretur, cum proximas tantum, atque necessarias personas ad accusandum de hoc crimine leges Romanae admittant (3).

(1) *D. l. Transigere* 18. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Is, cujus ope* 14. *ff. ad leg. Jul. de adulter.* (48. 5.)

(3) *L. Quamvis* 30. *cod. eod. titul.* (9. 9.)

§. 1403.

Neque objiciatur, ante Constantinum (1), omnes de adulterio accusare potuisse (2), adeoque perperam fingi Imperatores Diocletianum, et Maximianum Constantino anteriores hac ratione motos, ut transactionem de adulterio improbarent (3); etenim per extraneos, de quibus loquitur Ulpianus (4), non omnes omnino intelliguntur, sed proximi, qui post patrem, et maritum, accusare adulterii possunt (5); unde non tantum Ulpianus distinguit, utrum maritus accuset jure mariti, an jure extranei (6), sed et eandem distinctionem adhibent Theodosius, Arcadius, et Honorius Constantino posteriores (7). Proinde Constantinus novum jus in hac re non induxit, sed antea latum luculentius explicavit (8).

(1) *Auctorem d. l.* 30. *cod. ad l. Jul. de adulter.* (9. 9.)

(2) *L. Si maritus* 4. §. 1. *ff. eodem tit. ad leg. Jul. de adulter.* (48. 5.)

(3) *D. l. Transigere* 18. *codic. hoc titul.*

(4) *In d. l.* 4. §. 1. *ff. ad leg. Jul. de adulter.*

(5) *L. Ex lege* 2. §. *ult.*, *l. Constante matrimonio* 26. *ff. eod. tit.*

(6) *L. Si uxor* 13. *princip.*, *et* §. *Sed etsi* 4., *l. Si maritus* 15. §. *Lex Julia* 6. *ff. eod. tit.*

(7) *L. Adulterii* 33. *cod. eodem tit.* (9. 9.)

(8) *D. l.* 30. *cod. eod. tit.*

§. 1404.

His adde Imperatoris Alexandri rescriptum, quo transactio de adulterio nominatim improbatur (1): quare in libris Basilicorum haec verba habentur: *In his quidem cri-*

ff l. 2. tit. 15. Cod. l. 2. tit. 4.

minibus, quae sanguinis poenam ingerunt, transigere licet, excepto adulterio: atque mox subjungitur: *Breviter igitur ex hac constitutione hanc regulam statuito: de criminibus, quae poenam sanguinis inferunt, recte transigimus, excepto crimine adulterii* (2). Apertissima sunt haec verba. Porro Basilicorum libri magnam apud eruditos aestimationem habent, ut alibi diximus (3).

(1) *L. De crimine* 10. *cod. ad leg. Jul. de adulter.* (9 9.)

(2) *Basilicor. lib.* 11. *tit.* 23. *l.* 35.

(3) *V. Tom. I. disput.* §. 119. *in corp., et allegat.* 1. *pag.* 85.

§. 1405.

Difficultatem utique facit, quod plures allegant, adulterium tempore Imperatorum Diocletiani, et Maximiani (1) capitale crimen non fuisse, sed a Constantino tale decretum (2): atque ideo ei nominatim adscribi (3). Verum etiam defendi potest cum aliis, gladii poenam in adulteros a Constantino non primitus inductam, sed renovatam fuisse; cum probabile non sit, tam gravem juris veteris mutationem, tam parcis verbis, sine ulla praefatione, nec caussae mentione factam fuisse (4).

(1) *Qui auctores sunt D. l. Transigere* 18. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Quamvis* 30. §. 1. *cod. ad leg. Jul. de adulter.* (9. 9.)

(3) *Novell.* 134. *Cap. Si quando vero* 10.

(4) *D. l.* 30. §. 1. *cod. ad leg. Jul. de adulter.*

§. 1406.

Constantino quidem adscribi videtur a Justiniano, sed et intelligi potest Imperator se se referre ad legem a Constantino de adulteris coercendis latam, tamquam postremam, ex qua criminis hujus poena dignoscitur: ait Justinianus, *si quando vero adulterii crimen probetur, jubemus illas poenas peccantibus inferri, quas [Constantinus divae memoriae disposuit* (1): disponere autem non necessario significat primo decernere: disposita quoque dicuntur, quae confirmata sunt. Sane alia in jure Romano occurrunt exempla, quibus alicui Imperatori tribuuntur, quae ab eo tantum renovata sunt. Divisionis beneficium fidejussoribus ab Hadriano indultum tradit Justinianus (2), Pio ejus successori adscribit Papinianus (3).

(1) *D. Novell.* 134. *cap. Si quando vero* 10. *in princip.*

(2) §. *Si plures* 4. *instit. de fidejussoribus* (3. 21.)

(3) *L. Si testamento* 49. §. 1. *ff. eod. tit.* (46. 1.)

§. 1407.

His addi potest, capitalem esse adulterii poenam, ab eodem Constantino supponi in alia constitutione, undecim annis priore (1), quam sit lex sub titulo de adulterii crimine posita (2): immo et Imperator Alexander, qui diu ante Constantinum floruit, mulieri adulterii damnatae capitalem poenam aliquando imminere pro certo habet (3). Sed de his satis: qui plura desiderat, consulat auctores prolixius argumentum hoc pertractantes (4).

(1) *L. Qui sententiam* 16. *cod. de poen.* (9. 47.), *lata est haec lex, prout ex subscriptione patet, anno* 314.

(2) *D. l. Quamvis* 30. §. 1. *cod. ad leg. Jul. de adulter.* (9. 9.), *atque hanc anno* 326. *latam fuisse docet subscriptio.*

(3) *L. Castitati* 9. *cod. eod. titul. ad leg. Jul. de adulter.*

(4) *V. Voet in Pandect. hoc tit. num.* 18.

§. 1408.

De criminibus capitalibus extra adulterium transigere licet tum actori, tum reo, cum lex (1) non distinguat (2): quae ratio probat, nihil interesse, utrum ante, an post litem contestatam transactio fiat (3). Neque reus transigens pro convicto, aut confesso habetur, sicuti nec actor poenae Senatusconsulti Turpiliani subjicitur; cum poenam non sustineat, qui, lege permittente, ab accusatione desistit (4).

(1) *D. l. Transigere* 18. *cod. hoc tit.*
(2) *L. De pretio* 8. *ff. de publician. in rem action.* (6. 2.)
(3) *Voet in ff. hoc tit. num.* 19. *in princip.*
(4) *L. Destitisse* 13. *ff. ad S. C. Turpilian.* (48. 16.)

ff. l. 2. tit. 15. Cod. l. 2. tit. 4.

§. 1409.

Neque actor, qui de crimine capitali transigit, incidit in crimen concussionis; hujus etenim criminis rei tantum fiunt illi, qui criminis non perpetrati comminatione turpem quaestum faciunt, atque pecuniam accipiunt, ut accusent, vel ab accusatione cessent (1): contra qui transigit in casibus a lege permissis, lucrum facit, ne alteri dubium crimen objiciat: quod lucrum non tam actoris, quam rei favore leges probant, videlicet, ut via reo pateat proprium sanguinem redimendi (2).

(1) *L. ult. ff. de concussione* (47. 13.), *l. Qui accusare* 8. *in fin. ff. de accusationib.* (48. 2.)
(2) *L.* 1. *ff. de bon. eor., qui ante sent. etc.* (48. 21.)

§. 1410.

Si quis objiciat, transactione permissa, futurum, ut crimina maneant impunita, quae tamen coerceri publice interest (1), respondemus, per privatam unius transactionem nec judicem prohiberi, quominus ex officio in crimen inquirat, nec alios privatos, quominus accusent (2): fieri quidem facilius potest, ut capitale crimen sine poena sit propter transactionem; sed, ut toties diximus, legem hanc (3) extorsit humanitas, quae suadet, ut indulgeatur ei, qui sanguinem suum redimere satagit (§. praec.)

(1) *L. Ita vulneratus* 51. §. *ult. prop. fin. ff. ad leg. Aquil.* (9. 2.)
(2) *Argum. l. Qui coetu* 5. §. *ult. ff. ad l. Juliam de vi publica* (48. 6.)
(3) *D. l. Transigere* 18. *cod. hoc tit.*

§. 1411.

Atque in hoc, ut obiter dicamus, distat transactio a re judicata, cujus tamen vim habere dicitur (1); licet enim reo per judicis sententiam absoluto competat exceptio rei judicatae adversus quemlibet denuo accusare volentem (2); tamen transactio in criminibus jus tantum facere potest inter eos, qui transegerunt, non inter alios, sicuti et in civilibus negotiis obtinet (3), utpote res inter alios acta, quae caeteris nec prodest, nec nocet (4).

(1) *L. Jusjurandum* 2. *ff. de jurejurand.* (12. 2.)
(2) *L. Si cui crimen* 7. §. *Iisdem* 2. *ff. de accusationib.* (48. 2.)
(3) *L. Ingenui* 8. *cod. de ingenuis manumiss.* (7. 14.)
(4) *L.* 1., *et tot. cod. inter alios acta etc.* (7. 60.)

§. 1412.

Hodiernis moribus apud plures populos invaluit, ut laesus, ejusque haeredes, et liberi transigere possint cum laedente, sive publicum sit crimen, sive privatum, sive capitale, sive non capitale, quatenus ex crimine civilis actio competit ad indemnitatem, vel id, quod interest, consequendum (1): quae transactio solum jus facit inter transigentes, nec impedit, quominus judex, aliique, quibus publica accusatio demandata est, et quibus solis jus accusandi competit, privatis exclusis, crimina persequi possint, prout suo loco demonstrabimus.

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. num.* 20. *in princ., Fab. cod. ex quib. causs. major. lib.* 2. *tit.* 36. *def.* 2.

§. 1413.

Nec ideo crimen fateri censendus est, qui transigit de indemnitate, vel eo, quod interest, licet generatim id asserat Paulus (1); sicut enim assertio exceptionem habet in casibus, in quibus leges Romanae transactionem probant (§. 1408.); ita et exceptionem habere debet, cum ex lege municipali, vel consuetudine legitime inducta per-

ff. l. 2. tit. 15. Cod. l. 2. tit. 4. mittitur transactio; cum eadem sit vis statuti, et consuetudinis: praeterquamquod a paciscentis mente aliena est Pauli sententia; potest enim quis transigere de crimine, quod non patravit, ut se a molestiis praepotentis, vel rixosi adversarii liberet; vel ne damnum honoris, ex iniqua licet accusatione, vel denunciatione sustineat; cum longe proniores sint homines ad condemnandum, quam ad absolvendum (2).

(1) *L. Quoniam intelligitur* 5. *ff. de his, qui notant. infam.* (3. 2.)

(2) *V. Fab. d. lib.* 2. *tit.* 36. *def.* 9. *num.* 9., *et seqq.*

§. 1414.

De status quaestionibus, nimirum de libertate, ingenuitate, et familiae jure transigere permissum est (1); non utique ita, ut quis publice servus, liber, aut de familia haberi debeat, sed ut talis habeatur quoad transigentes ipsos (2): sed si judicis sententia quis talis pronunciatus fuisset, aliorum quoque respectu jus hoc consequeretur (3); quia judex publica, qua pollet, auctoritate sententiam ferens omnes afficit.

(1) *L. ult. cod. hoc tit.*

(2) *L. Ingenui* 8. *ff. de ingen. manumiss.* (7. 14.)

(3) *L. Ingenuum* 25. *ff. de statu hom.* (1. 5.), *l.* 1. §. *ult.*, *l.* 2., *et* 3. *ff. de agnoscend.*, *et alend. liber.* (25. 3.)

CAPUT IV.

Quis sit transactionis effectus.

SUMMARIA.

Transactio litem dirimit, sicut jusjurandum, et res judicata. §. 1415.

Transactio nec nocet, nec prodest aliis, qui non transegerunt. §. 1416.

Si haeres legitimus, et testamentarius transegerint, transactio legatariis non nocet; cum immo possint a sententia appellare. §. 1417., *et* 1418.

An legatariis incumbat onus probandi, testamentum valere, cum haeres testamentarius, et legitimus de eo transegerunt? §. 1419., *et* 1420.

Testamentum in dubio valere judicatur. §. 1421., *et* 1422.

Creditores, transactione inter legitimum, et testamentarium haeredem non obstante, adversus verum haeredem agere possunt; nisi malint utrumque convenire. §. 1423.

Transactio novationem continet; atque venditionis naturam interdum induit. §. 1424.

An transigens de evictione teneatur? §. 1425.

Transactio legitime celebrata nec sub praetextu instrumentorum postea repertorum, aut rerum, quae prius ignorabantur, rescindi potest, nisi dolus interveniat. §. 1426.

Quid si deinde appareat, nullam fuisse transigendi caussam? §. 1427.

Transactio dolo, vel metu gravi inita viribus non subsistit. §. 1428., *et* 1429.

Transactio secundum principia juris Romani neque ex enormissima laesione rescindi potest. §. 1430. *et* 1431.

Jurejurando praestito non amplius quaeritur, quam an juratum sit. §. 1432.

Transactio filiae de bonis maternis ex caussa doli rescinditur, proposita tamen actione in factum. §. 1433.

Laesioni immodicae dolus vere non inest. An laesio in transactione concipi possit? §. 1434.

An transactio ex laesione enormissima usu fori rescindi possit? §. 1435., *et* 1436.

Intra quod tempus transactio magistratus auctoritate probanda sit? §. 1437., *et* 1438.

An liber fiat ab annua praestatione solvenda ex certo fundo, qui per sententiam eo fundo privatur? §. 1439.

ff. l. 2. tit. 15. Cod. l 2. tit. 4.

Transactio non excedit caussas, vel negotia, de quibus nominatim facta est, nisi aliud appareat §. 1440.

An transactione censeatur renunciatum fideicommisso puro, vel conditionali, sive nondum extiterit conditio, sive impleta sit? §. 1441., *et* 1442.

Quo juris remedio quis cogi possit ad transactionem implendam? §. 1443.

Quid si jurejurando, aut poenali stipulatione transactio firmata fuerit? §. 1444., *et* 1445.

Transactionum firmitati cautius apud nos prospectum est. §. 1446.

Quid semel ad implementum transactionis egit, variare non potest. §. 1447.

Actio ad transactionis implementum triginta annis durat. §. 1448.

§. 1415.

Transactionis effectus is est, ut litem omnino dirimat, non secus ac jusjurandum (1), et res judicata (2), quorum vim habet; et merito; nullus alioquin erit litium finis, si eas legitima transactione compositas facile liceat rectractare (3).

(1) *L. Jusjurandum* 2. *ff. de jurejurand.* (12. 2.)

(2) *L. Non minorem* 20. *cod. hoc tit.*

(3) *L. Fratris* 10. *cod. hoc tit.*

§. 1416.

Sed vis haec transactioni inest inter eos tantum, qui transegerunt, non inter caeteros (1), ut jam innuimus (§. 1414.); ex vulgari juris effato res inter alios acta, vel judicata aliis nec nocet, nec prodest (2); unusquisque pacisci, et paciscendo sibi prodesse debet: nec sint aequitas, ut negotium inter duos transactum, vel definitum noceat illis, qui non adfuerunt (3). Plane transactio facta cum cedente post cessionem obest cessionario, si debitori cessio ignota fuisset (4).

(1) *L. Imperatores* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1., *et tot. tit. cod. int. alios acta* (7. 60.), *l. Saepe constitutum* 63. *ff. de re judicat.* (42. 1.)

(3) *Argum. l. De unoquoque* 47. *ff. eod. tit.*

(4) *L. ult. ff. hoc tit.*

§. 1417.

Hinc si haeres testamento institutus, et legitimus, cum de vi testamenti disceptarent, ita transegerint, ut partem haereditatis unusquisque habeat, legatarii in solidum ad legata consequenda agere possunt adversus haeredem testamento scriptum (1), nisi hic probet, testamentum minime valuisse (2), pro quo stat praesumptio.

(1) *L. Imperatores* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si suspecta* 29. §. *Quamvis* 2. *ff. de inoffic. testament.* (5. 2.)

§. 1418.

Cum autem intersit legatariorum, ne haeres scriptus, et legitimus inter se colludant in ipsorum necem, idcirco legatariis collusionem metuentibus potestas fit, ut liti adsint (1), immo et provocent a sententia, qua irritum pronunciatum fuerit testamentum (2): atque appellationis caussam agant (3): quia aequitas postulat, ut de unoquoque negotio agatur, praesentibus illis, quos caussa contingit (4).

(1) *D. l. Si suspecta* 29. *in princip. ff. de inoffic. testam.* (5. 2.), *l. Si perlusorio* 14. *ff. de appellationib.* (49. 1.)

(2) *D. l.* 29., *d. l.* 14., *et l. A sententia* 5. §. 1. *ff. eod. tit. de appellat.*

(3) *D. l.* 5. §. *Idem rescripsit* 2.

(4) *D. l. De unoquoque* 47. *ff. de re judicat.* (42. 1.)

§. 1419.

Diximus, transactionem inter legitimum, et testamentarium haeredem de testamenti viribus disceptantes non nocere legatariis, nisi haeres scriptus probet, viribus destitui

ff. l. 2. tit. 15. Cod. l. 2. tit. 4.

testamentum, pro quo stat praesumptio (§. 1417.). Non desunt, qui sentiunt, onus incumbere legatariis probandi, testamentum valere, eo moti argumento, quod alioquin eo deveniendum sit, ut transactione firmum fiat, aut maneat testamentum, quod vel ab initio inutile erat, vel rescindi debuerat; atque ut pactum unius alteri saepe nullum jus habenti prosit, cum utique controversia de testamenti valore non minus contra scriptum, quam pro scripto haerede potuisset definiri, si transactum non fuisset, sed ad sententiam usque in lite perseveratum (1).

(1) *Voet in Pandect. hoc tit. num.* 22. *post init.*

§. 1420.

Sed tota haec ratiocinatio falso nititur fundamento; non enim dicimus, ex transactione firmum, et ratum censeri testamentum; quod nonnisi inepte diceretur, cum transactio rem plane dubiam ex parte transigentium supponat (1), ita ut nec alioquin sustineatur (2): sed probandi necessitatem injungimus haeredi scripto (§. 1417.); quia praesumptio pro testamento, adeoque contra ipsum sit, ex quo probandi onere adstringitur, prout de emancipatione traditur, quam quis rite factam neget (3).

(1) *L.* 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Praeses* 12. *cod. hoc tit.*

(3) *L. Ab ea parte* 5. §. 1. *ff. de probationib.* (22. 3.)

§. 1421.

Ita profecto suadent generales juris regulae, quibus continetur, in dubio pro testamento (1), nec non pro contractu respondendum esse (2). Quare Imperatores Antoninus, et Verus, prout Scaevola refert, legatariis jus tribuunt legata, transactione nullatenus obstante, ab haerede scripto petendi, nec verbum habent, quo colligi possit, legatariis incumbere onus probandi valere testamentum (3).

(1) *L. Cum in testamento* 24. *ff. de reb. dub.* (34. 5.)

(2) *L. Quoties in actionibus* 12., *l. Ubi est verborum* 21. *ff. eod. tit.*

(3) *D. l. Imperatores* 3. *in princip. ff. hoc tit.*

§. 1422.

Haec sunt Imperatorum verba: *Transactione*, inquiunt, *quae inter haeredem, et matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri posse, nec manumissis, nec legatariis actiones suae ademptae* (1). Igitur, transactione non obstante, Imperatores supponunt, valere testamentum, et legatariis actionem competere ad legata consequenda: proinde haeres, qui testamentum, quo scriptus fuit, nullum dicat, probare debet. Subjiciunt: *Quare, quidquid ex testamento petunt, scriptum haeredem convenire debent, qui in transactione haereditatis, aut cavit sibi pro oneribus haereditatis, aut si non cavit, non debet negligentiam suam ad alienam injuriam referre* (2): potestas indistincte fit legatariis integra legata a scripto haerede petendi: si ergo haeres testamentarius ab hoc onere se exemptum contendat, probare tenetur, nullum esse testamentum, quo legatarii nituntur (3). Ulpianus quoque *testamentum in suo jure manere* tradit, et ideo legata deberi, licet transactum sit inter haeredem, et filium de inofficioso querentem (4): in suo jure manet testamentum, donec aliud probetur.

(1) *D. l. Imperatores* 3. *in princip. ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 3. *in fin. princip.*

(3) *D. l. Ab ea parte* 5. §. 1. *ff. de probat.* (22. 3.)

(4) *D. l. Si suspecta* 29. §. *Quamvis* 2. *ff. de inoffic. testament.* (5. 2.)

§. 1423.

Quae de legatariis diximus, eadem potiori ratione obtinent favore creditorum; ita ut transactio legitimum inter, atque testamentarium haeredem non impediat, quominus in solidum agant adversus scriptum haeredem, vel adversus legitimum, si probaverit ille testamentum viribus destitui (1); cum immo creditorum, qui de damno vitando cer-

tant, favorabilior sit conditio, quam legatariorum, de lucro captando certantium (2): nisi malint pro parte utrumque haeredem convenire (3). ff. l. 2. tit. 15. Cod. l. 2. tit. 4.

(1) *Argum. d. L. Imperatores* 3. *ff. hoc tit.*, *d. l. Si suspecta* 29. §. *Quamvis* 2. *ff. de inoffic. testament.* (5. 2.)

(2) *L. Quod autem* 6. §. *Simili modo* 11. *ff. quae in fraudem creditor.* (42. 8.)

(3) *L. Controversia* 14. *ff. hoc tit.*

§. 1424.

Cum transactio litem dirimat, perinde ac res judicata (§. 1415.), inde sequitur, novationem quoque ea contineri (§. 238.): nec non transferri dominium rerum, si possessio quoque translata sit, licet per solam constituti clausulam (1); cum transactio aeque idoneus titulus sit, ac venditio ad dominium transferendum (2): immo venditionis naturam induit, si is, qui rem in alium transtulit, pretium eo nomine acceperit (3); ita ut de evictione teneatur, qui sic transigit (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 4. *defin.* 3. *in princip.*

(2) *L. Non solum* 4. *cod. de praed.*, *et aliis reb. minor. etc.* (5. 71.)

(3) *L.* 1. *ff. de rer. permutat.* (19. 4.)

(4) *L. Si pro fundo* 33. *in princip. cod. hoc tit.*, *Fab. cod. hoc tit. d. defin.* 3. *num.* 4., *et* 5.

§. 1425.

Non tamen tenetur de evictione, qui rem ab adversario possessam eidem ex caussa transactionis dimisit, licet accepto pretio (1); quia non tam vendidisse, quam jus suum remisisse in dubio intelligitur, qui transigit (2): nisi aliam fuisse contrahentium mentem probet, qui allegat.

(1) *D. l. Si pro fundo* 33. *in fin. cod. hoc. tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 4. *d. defin.* 3. *in fin.*

(2) *L. Si majores* 25. *cod. hoc tit.*

§. 1426.

Porro tanta est transactionis legitime celebratae vis, ut nec imperiali rescripto caussae ita finitae resuscitari possint (1), nec sub praetextu instrumentorum deinceps repertorum (2), aut specierum, seu rerum, quae tempore transactionis ignorabantur (3): nisi dolo subtracta fuerint instrumenta (4), aut res celatae (5), puta si transactio facta fuerit intuitu inventarii, et deinde appareant aliae res, quarum mentio per dolum in inventario facta non fuerat.

(1) *L. Caussas* 16. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Sub praetextu instrumenti* 19 *cod. hoc tit.*, *Fab. cod hoc tit. lib.* 2. *tit* 4. *defin.* 13. *in princip.*

(3) *L. Sub praetextu specierum* 29. *cod. hoc tit.*

(4) *D. l.* 19. *cod. hoc tit.*

(5) *L. Tres fratres* 35. *ff. de pactis* (2. 14.)

§. 1427.

Immo nec retractatur secuta transactio, tametsi postea probetur, nullam fuisse transigendi caussam, atque indebitum plane fuisse, quod solutum est (1); sufficit enim, si lis fuerit, vel probabiliter impenderit, ut transactio valeat, tamquam de re dubia (2); nisi tamen evidens calumnia detegatur, quo casu aequum est, repetitionem dari (3).

(1) *L. Nec intentio* 23. *cod. hoc tit.*, *l. In summa* 65. §. 1. *ff. de condiction. indebit.* (12. 6.)

(2) *L.* 1. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 65. §. 1. *in fin. ff. de condict. indebit.*

ff. l. 2. tit. 15. Cod. l. 2. tit. 4.

§. 1428.

Si ergo dolus intercesserit, puta quia dolo instrumenta subtracta, vel celatae res fuerint (§. 1426.), aut calumniandi animo lis mota fuerit (§. praeced.), transactio irrita fit (1); publice interest, ne rata habeantur, quae dolo gesta sunt. Atque in hoc differt transactio a re judicata, quod haec ex dolo non fit irrita, sed necessaria est in integrum restitutio adversus sententiam (2): contra transactio ex dolo ipso viribus corruit (3); quia sententia ex judicis auctoritate vires capit, transactio ex voluntate contrahentium, quibus ideo dolus prodesse non debet (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 4. defin. 13. num. 2.*
(2) *L. Divus Hadrianus 33. ff. de re judicat.* (42. 1.)
(3) *D. l. 19. cod. hoc tit.*
(4) *L. Ne ex dolo 12. ff. de dol. mal.* (4. 3.)

§. 1429.

Quod de dolo dicimus, idem potiori ratione dicendum de metu, ut ex eo transactio infirmetur (1); rata non habentur, quae vi, et metu gesta fuerunt (2): dummodo metus gravis sit, qui in virum constantem cadat, idest gravis mali, et probabiliter impendentis, seu, ut ajunt Imperatores, *qui salutis periculum, vel corporis cruciatum* (utique gravem) *contineat* (3).

(1) *L. Interpositas 13. cod. hoc tit.*
(2) *L. 1., et 2. ff. quod met. causs.* (4. 2.)
(3) *D. l. 13. in med. cod. hoc tit.*

§. 1430.

Cum ad vim transactionis sufficiat, litem fuisse, vel probabiliter timeri potuisse (§. 1227.), sponte sequitur, transactionem, saltem si jus Romanum spectemus, ex laesione, sive enormis sit, sive etiam enormissima, rescindi non posse (1); maxime quia vix statui potest, quod tempore transactionis simplum fuerit, quod deberetur; indeque nec dici potest, quod sit duplum, vel triplum, ut contractus ex laesione enormi, vel enormissima rescindatur (2).

(1) *L. Lucius Titius 78. §. ult. ff. ad S. C. Trebellian.* (36. 1.), *Fab. cod si advers. transaction. lib. 2. tit. 21. defin. 4.*
(2) *L. Si voluntate 8. cod. de rescindend. vendition.* (4. 44.)

§. 1431.

Praeterea, et haec juris ita in transactione constituti potissima ratio est: qui ex transactione petit, non petit, quia antea sibi debitum fuisset, sed quia adversarius promisit, se daturum, si alter a lite desistat (1): ex quo sequitur, non esse inquirendum, an lis justa, an injusta fuerit, dummodo dolus, vis, metus abfuerit, sed an conditio obligationis impleta sit, seu utrum alter a lite destiterit; prout aperte innuit Paulus, cum ait; non repeti, quod transactionis nomine datur, licet res nulla media fuerit: *nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, caussa videtur esse* (2).

(1) *L. 1. ff. hoc tit., l. In summa 65. §. 1. ff. de condiction. indebit.* (12. 6.)
(2) *D. l. 65. §. 1. ff. de condict. indebit.*

§. 1432.

Neque haec mira, aut insolita videri possunt; cum et idem observetur in jurejurando, in quo id unum quaeritur, an juratum sit, remissa quaestione, an debeatur (1); quia tacite convenisse videtur inter litigantes de solvendo, si actor juraverit, sibi deberi, vel de non amplius petendo, si juraverit reus, se nihil debere (§. 1155., et 1156.); transactio autem jurijurando quoad vim aequiparatur (2)

(1) *L. Non erit 5. §. Dato 2. ff. de jurejur.* (12. 2.)
(2) *L. Jusjurandum 2., l. Admonendi 31. ff. eod. tit.*

ff. l. 2. tit. 15. Cod. l. 2. tit. 4.

§. 1433.

Neque aliud erui potest ex Imperatorum assertione rescribentium, filiae, quae cum patre de rebus per matris successionem sibi delatis bona fide transegit, si laesa sit immodice, actionem in factum ad rescindendam transactionem tribuendam esse (1); non enim actio filiae tribuitur praecise ob laesionem, sed propter patris dolum (2), ex quo transactionem irritam fieri consentiunt omnes, et nos supra diximus (§. 1428.): *non de dolo*, ajunt Imperatores, *propter paternam verecundiam, sed in factum actio tibi tribuenda est* (3). Si dolus patris non intercessisset, non paterna verecundia, sed doli, ita dicam, defectus, actionem de dolo excluderet.

(1) *L. Si superstite* 5. *cod. de dol. mal.* (2. 21.)
(2) *L. Non debet* 11. §. 1. *ff. eod. tit.* (4. 3.)
(3) *D. l.* 5. *in fin. cod. de dol. mal.*

§. 1434.

Minus nocet, quod subjiciunt, laesioni immodicae dolum re ipsa inesse (1): quod enim dolus re ipsa inesse dicatur laesioni immodicae, fictio juris est, quae in hoc casu locum habere non potest: eo vel maxime, quod, ut supra diximus (§. 1430.), laesio nulla proprie esse potest in transactione, quia transactio de re dubia interposita fuit; scientia autem superveniens non immutat naturam contractus; maxime cum laesio in contractibus, quae uno actu perficiuntur, ab initio spectanda sit (2).

(1) *L. Si quis mancipiis* 17. §. *penult. in fin. ff. de institor. action.* (14. 3.), *l. Si quis* 36. *ff. de V. O.* (45. 1.)
(2) *L. Si voluntate* 8. *in fin. cod. de rescindend. vendit.* (4. 44.)

§. 1435.

Haec ex Romano jure disputavimus: usu tamen fori alicubi receptum, ut transactio ex caussa laesionis enormissimae irrita fiat (1): non tam, quia dolus re ipsa insit, quam suadente aequitate, quae rescissionem venditionis in eodem casu induxit (2). Ab hac autem fori praxi dissentire non videtur jus regium, quo cautum, ne ex laesione etiam enormissima rescindatur transactio Senatus decreto confirmata (3). Ex quo sequitur, caeteras transactiones privata tantum, vel inferioris judicis auctoritate interpositas ex caussa laesionis irritas fieri posse.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 4. *defin.* 10. *num.* 2., *et seqq.*
(2) *D. l. Si voluntate* 8. *cod. de rescindend. vendition.* (4. 44.)
(3) *Reg. Constitut. lib.* 5. *tit.* 20. §. 2.

§. 1436.

Quinimmo, ne ullus supersit dubitandi locus, subjicitur, decretum, nonnisi praevia, et plena caussae cognitione, interponendum esse post trigiuta dies a secuta transactione computandos; atque ratio affertur, ut in casu laesionis liceat contrahentibus, si ita malint, a transactione discedere, priusquam decretum intercesserit (1).

(1) *Reg. Constitut. dict. lib.* 5. *tit.* 20. §. 3.

§. 1437.

Non hinc tamen recte colligeretur, transactionem apud nos intra triginta dies pro arbitrio rescindi posse: sed tantummodo salvum esse jus petendae in integrum restitutionis adversus transactionem ex caussa laesionis immodicae, inspecto tamen dubio litis eventu aestimandae (1); probari autem non potest a Senatu ante elapsos triginta dies, etiamsi maxime consentiant transigentes (2); privatorum pactio juri publico (3) derogare non potest (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 4. *d. def.* 10. *num.* 1.
(2) *Fab. d. def.* 10. *num.* 3.
(3) *Reg. Constitut. d. lib.* 5. *titul.* 20. §. 3.
(4) *L. Jus publicum* 38. *ff. de pact.* (2. 14.), *l. Quod bonis* 15. §. 1. *ff. ad leg. Falcid.* (35. 2.)

§. 1438.

ff. l. 2. tit. 15. Cod. l. 2. tit. 4.

Quinimmo tradit Faber, si trigesimo ante die transactio celebrata sit, ea tamen lege adjecta, ut in ampliorem formam extendatur; eaque extensio fiat post diem trigesimum, posteriorem contractum, licet id ipsum in effectu contineat, quod prior, non statim insinuari posse, sed alios triginta dies expectandos esse, quamvis prius instrumentum interim insinuari non prohibeatur (1). Sententia haec difficultate non caret; ex quo enim supponitur, posteriore instrumento nihil amplius contineri, nisi quod priore, probatum quoque videri potest; cum jure novi contractus censeri vix possit scriptura, in qua nullae novae pactiones adjectae sunt, sed priores luculentius tantum explicatae. Sane, si transigentes ex posteriore scriptura agere veliut ad id, ad quod ex priore agere non possent, vel an agere possint, merito dubitaretur, Fabri sententiae omnino inhaerendum esset.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 4. d. def. 10. in fin.*

§. 1439.

Subjicit modo laudatus Faber, a pristina obligatione liberatum intelligi eum, qui ex transactione annuum quid praestare tenetur capiendum ex certi fundi, aut juris fructibus, si eo fundo, aut jure privetur per sententiam, licet redditam inaudito creditore, cui annuum debetur (1); dummodo nec per collusionem, nec per negligentiam, seu contumaciam sententia lata fuerit; cum collusio, aut negligentia nemini prodesse debeat (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 4. def. 9., Argum. l. Si debitor 39. §. 1. ff. de contrahend. emption.* (18. 1.)

(2) *L. Si fundo 53. §. 1., l. Si ideo 55. ff. de evictionib.* (21. 2.)

§. 1440.

Caeterum, quaecumque sit vis transactionis, strictam potius recipit interpretationem, ita ut non excedat caussas, aut negotia, de quibus nominatim facta est (1), nisi et de aliis sensisse contrahentes aliunde appareat (2). Hinc, si quis transegerit cum tutore de portione sua administratae tutelae, non prohibetur, rursus adversus eundem agere ex persona fratris sui, cui haeres extiterit (3). Quinimmo si quis de certa summa puta centum aureis, vel ex rationibus tutelae administratae, vel aliunde debitis transegerit cum tutore, aliove simili administratore, vel cum debitore, petitio majoris quantitatis, quam postea deberi appareat, non censetur transactione exclusa (4): atque transactio inter fratres de rebus omnibus haereditariis non complectitur ea, quae alter ex fratribus, aliis ignorantibus, subduxerit (5).

(1) *L. Cum Aquiliana 5., l. Qui cum tutoribus 9. §. 1. ff. hoc tit.*

(2) *L. Ait praetor 5. §. 1., l. In sententiis 59. ff. de re judicat.* (42. 1.)

(3) *D. l. 9. in princ. ff. hoc tit.*

(4) *L. Age 3. cod. hoc tit.*

(5) *L. Tres fratres 35. ff. de pactis* (2. 14.)

§. 1441.

Eodem fundamento alibi diximus, non censeri transactione renunciatum fideicommisso, cujus conditio nondum extitit, nisi praegnantes omnino clausulae adjectae fuerint, et certo constet, transigentes de fideicommisso notitiam habuisse (1). Neque aliam sententiam adstruit Scaevola (2); non enim tradit jureconsultus, si attente ejus verba perpendantur, divisione, et clausula poenali adjecta, transactum censeri de fideicommisso: sed, cum haec quaestio in judicio mota fuisset, atque judex pronunciasset, transactionem hanc ad fideicommissum extendi, respondit consequenter Scaevola, poenam quoque commissam esse adversus eum, qui fideicommissum petierat.

(1) *V. Tom. VIII. §. 1402. pag. 343., et pag. 410. §. 1673. ad 1678. V. Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 4. definit. 15.*

(2) *In l. Qui Romae 122. §. ult. ff. de V. O.* (45. 1.)

ff. l. 2. tit. 15. Cod. l. 2. tit. 4.

§. 1442.

Facilius renunciatum intelligitur per transactionem fideicommisso puro, vel conditionali, cujus conditio jam extiterit (1); quippecujus scientia facilius praesumitur: quamquam et hic caute perpendenda sunt transactionis verba, et transigentium consilium, atque in dubio potius contra transactionis extensionem respondendum (1); cum juris quaesiti remissio odiosa sit.

(1) *Argum. l. Aquiliana* 4. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Qui cum tutoribus* 9. §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1443.

Ad implendam transactionem legitime interpositam cogi potest, qui fortasse detrectet, vel actione ex stipulatu, si stipulatio intercesserit, vel si omissa fuerit verborum obligatio, actione ex praescriptis verbis (1): sed sola exceptio ex jure Romano competere poterat, si nudo pacto inita transactio fuisset (2), secundum ejusdem juris principia, quae non patiuntur, ut ex nudo pacto actio nascatur (3). Verum usu fori actionem aeque parit nudum pactum, ac stipulatio, prout alibi diximus (4).

(1) *L. Cum mota* 6. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Cum proponas* 17. *cod. hoc tit.*

(3) *L. Juris gentium* 7. §. *Sed cum nulla* 4. *ff. de pact.* (2. 14.)

(4) *V. Tom. IX. pag.* 199. §. 782., *et* 783.

§. 1444.

Haec ita, si nec jurejurando, nec poenali stipulatione transactio firmata fuisset: quod si jusjurandum adjecissent contrahentes, transigens aetate major conventionem legitime factam implere detrectans infamia notatur, actione privatur, cogitur restituere poenam, de qua fortassis actum sit, rerum proprietate caret, atque emolumento, quod ex pactione illa consecutus fuerit; quae omnia lucro illius cedunt, qui intemerata pacti jura servaverit (1): gravius merito animadvertitur in eum, qui praeter placiti fidem, divinum nomen, quod in testimonium veritatis assumpserat, contemnere non erubescit.

(1) *L. Si quis major* 41. *cod. hoc tit.*

§. 1445.

Si poena tantum adjecta transactioni fuerit, non jusjurandum, poena adversus eum, qui promissa non impleat, exigi potest (1), atque simul competit repetitio eorum, quae transactionis nomine data fuerunt (2).

(1) *L. Promissis* 37., *l. Ubi pactum* 40. *cod. hoc tit.*

(2) *D. l.* 40. *cod. hoc tit.*

§. 1446.

Severius apud nos transactionum firmitati consultum fuit: atque decretum, ne liceat majori viginti annis transactiones, quas sponte iniverit, oppugnare, aut contra illas aliquid committere: ita ut si legitime constent, transigentem in judicio interpellatum fuisse ad earum observantiam, protestatione adjecta ab eo, qui transactionis implementum urget, se velle uti adversus detrectantem poenis sanctione Imperatorum constitutis (1), detrectans iisdem subjiciatur, nisi intra quadraginta dies ab interpellatione computandos ex parte sua adimpleverit, quae sponte promisit (2).

(1) *In l. Si quis major* 41. *cod. hoc tit.*

(2) *Reg. Constitut. lib.* 5. *tit.* 20. §. 1., *Sola de transactionibus pag.* 211.

§. 1447.

Cum unus ex transigentibus detrectat promissa implere, licet alteri, si poena transactioni adjecta fuerit, ad poenam agere, vel ad implementum transactionis, vel, si malit, ab ea recedere (§. 1445.); sed, facta semel electione, variare non potest: veluti si ad implementum egerit, amplius nequit resilire a transactione; vel poenam petere (1); cum in judicio quasi contrahatur (2).

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 4. Cod. l. 2. tit. 20.

(1) *Argum. l. Ubi pactum* 40. *in fin. in illis verbis* ante caussae cognitionem *cod. hoc tit., Voet in ff. hoc tit. num. ult. in fin.*

(2) *L. Licet tamen* 3. §. *Idem scribit* 11. *ff. de pecul.* (15. 1.)

§. 1448.

Actio ad transactionis implementum triginta annis ab eo die computandis, quo transactio secuta fuit, durare debet; secundum naturam personalium actionum (1), inter quas haec recensetur, utpote ex contractu descendens (2).

(1) *L. Sicut in rem* 3. *cod. de praescription. XXX., vel XL. annor.* (7. 39.)

(2) §. 1. *institut. de actionib.* (4. 6.), *l. Actionum* 25. *ff. de obligat., et actionib* (44. 7.)

TITULUS XXVII.

De his, quae dolo, et metus caussa fiunt.

Instit. lib. 4. tit. 13. *De exceptionib.*
Digest. lib. 44. tit. 4. *De dol. mal., et met. exception.*
Cod. lib. 2. tit. 20. *De his, quae vi, metusve causs. gesta sunt.*

SUMMARIA.

Quo ordine de his, quae dolo, metu, vel vi fiunt, agendum sit? §. 1449.

§. 1449.

Cum vix intelligi possit, quid sit doli mali, et metus exceptio, et quibus casibus competat, nisi prius innotescat, quid doli, et metus nomine veniat, et quae apud Romanos ratio habita fuerit contractuum dolo, vel metu initorum, idcirco necessarium ducimus seorsim prius tractare de dolo, et metu, prout ad agendum pertinet; deinceps acturi de utroque, quatenus prodest ad excipiendum. Tria igitur erunt capita. Primum de dolo. Alterum de metu, et vi, quae ad metum quam proxime accedit. Tertium de exceptione doli, vis, et metus.

CAPUT I.

De dolo.

Instit. lib. 4. tit. 13. *De exceptionib.*
Digest. lib. 4. tit. 3. } *De dolo malo.*
Cod. lib. 2. tit. 21. }

SUMMARIA.

Dolus bonus est, vel malus. Bonus est solertia in agendo. §. 1450.

Dolus malus est machinatio, fallacia ad circumveniendum alterum adhibita. Dolus hic vel ex proposito est, vel ex re ipsa. §. 1451.

Dolus vel caussam dat contractui, vel in contractum incidit. §. 1452.

Dolus caussam contractui dans eum ipso jure irritum facit. §. 1453.

Ex dolo incidente in contractum bonae fidei contractus nullus non fit, sed ex ipso contractu nascitur actio ad eum rescindendum. §. 1454.

Quid si tertius quilibet dolum admiserit in contractu bonae fidei, veluti proxeneta? §. 1455.

Contractus stricti juris ex dolo iis caussam dante, vel incidente rescindi possunt. §. 1456. Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 4. tit. 3. Cod. l. 2. tit. 21.
Dolus omnem omnino consensum non excludit. §. 1457.
Dolo circumventus contractui stare potest, si malit. §. 1458.
Doli actio subsidiaria est. Quibus, et adversus quos detur? §. 1459.
Quid si procurator, tutor, vel quilibet administrator dolum admiserit? Quid de liberis adversus parentes, vilibus personis adversus illustres? §. 1460.
Doli actione petitur, ut res dolo amissa restituatur; alioquin praestetur id, quod interest. §. 1461.
Doli actio non datur, nisi de dolo constet, summa non modica agatur, adque desit alia actio. §. 1462.
Doli actio biennio concluditur; sed usque ad triginta annos competit actio in factum ad indemnitatem consequendam. §. 1463.

§. 1450.

Dolum, ut ab eo exordiamur, jureconsulti distinguunt in bonum, et malum (1): dolus bonus appellatur solertia in agendo (2); quo sensu dixit Ulpianus, naturaliter licere contrahentibus in pretio emptionis, et venditionis se circumvenire (3).

(1) *L.* 1. §. *Non fuit* 3. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 1. §. 3. *in med.*
(3) *L. In caussae cognitione* 16. *ff. de minorib.* (4. 4.)

§. 1451.

Dolus vero malus a jureconsultis definitur machinatio, fallacia, calliditas ad circumveniendum alterum adhibita (1); cum nempe alterius decipiendi gratia aliud agitur, et aliud agi simulatur (2): hunc autem dolum *ex proposito* appellant ad discrimen alterius doli, quem *ex re ipsa* dicunt, seu ex laesione immodica, atque enormissima, quae bessem excedit (3).

(1) *D. l.* 1. §. *Dolum malum* 2. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Juris gentium* 7. §. *Dolo malo* 9. *ff. de pact.* (2. 14.)
(3) *L. Si quis* 36. *ff. de V. O.* (45. 1.)

§. 1452.

Ad haec dolus vel caussam dat contractui, vel tantum incidit in contractum. Dolus contractui caussam dat, cum per dolum inducitur ad contrahendum ille, qui seposito dolo contracturus non fuisset; puta si quis societatem inierit in aliqua arte, cujus alter se peritum asserebat, cum nunquam ei operam navaverit. Incidere vero dicitur dolus in contractum, cum quis sponte quidem, atque ex animi proposito contrahit; sed in contrahendi modo decipitur, veluti in pretio, vel quibusdam rei qualitatibus (1).

(1) *L. Et eleganter* 7. *ff. hoc tit.*

§. 1453.

Non idem est utriusque doli effectus. Cum dolus caussam contractui dat, ipso jure nullus est contractus (1): neque ex eo, secuta etiam traditione, dominium in accipientem transfertur, utpote sine justo titulo facta (2); ex quo sponte fluit, domino adversus quemcumque rei possessorem vindicationem competere. Neque nocet, quod venditio dolo facta rescindenda dicatur (3), vel tribuatur actio ex empto ad emptionem resolvendam (4); verba haec non ad jus, sed ad factum referri debent; cum nemo propria auctoritate sibi jus dicere possit (5): atque etiam rescindi dicitur, quod ipso jure nullum est (6), licet minus proprie.

(1) *L. Et eleganter* 7. *ff. hoc tit.*, *l.* 1. §. *Si libertatis* 7. *ff. quar. rer. actio non det.* (44. 5.)
(2) *L. Nunquam nuda* 31. *ff. de acquirend. rer. domin.* (41. 1.)
(3) *L. Si dolo* 5. *cod. de rescindend. vendit.* (4. 44.)
(4) *L. Ex empto* 11. §. *Si quis virginem* 5. *ff. de actionib. empt.* (19. 1.)

(5) *L. Non est singulis* 176. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(6) *L. Et si is* 9. *cod. de praediis, et aliis reb. minor. etc.* (5. 71.), *junct. l. Magis puto* 5. §. *Si aes alienum* 14., *et seq. ff. de reb. eor.* (27. 9.)

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 4. tit. 3. Cod. l. 2. tit. 21.

§. 1454.

Si dolus inciderit in contractum, distinguunt jureconsulti contractus bonae fidei a stricti juris. Dolus incidens in contractum bonae fidei ipso jure contractum non irritat, nec parit actionem famosam de dolo; sed ex ipso contractu bonae fidei actio nascitur ad eum rescindendum (1); quippe contractibus bonae fidei doli actio, atque exceptio inest (2).

(1) *L. Si quis adfirmavit* 9. *ff. hoc tit.*, *l. Ex empto* 11. §. *Si quis virginem* 5. *ff. de actionib. empti* (19. 1.)

(2) §. *ult. instit. de obligat., ex consensu* (3. 23.), §. *Actionum* 28., *et seqq. instit. de actionib.* (4. 6.)

§. 1455.

Doli tamen actio datur contrahenti decepto, si dolum admiserit non alter contrahens, sed tertius quilibet in contractu bonae fidei: cum adversus tertium, qui non contraxit, ex ipso contractu agi omnino non possit: puta adversus proxenetam, qui creditorem deceperit ad faciendum nomen minus idoneum, seu ad pecuniam mutuo dandam debitori minime idoneo (1); vel qui dolo malo commodaverit venditori minora pondera, emptoris decipiendi caussa, si convenerit, ut appensio fieret hisce ponderibus, quae commodans aequa esse affirmaverat (2).

(1) *L. penult. ff. de proxenet.* (50. 14.)

(2) *L. Arbitrio* 18. §. *De eo* 3. *ff. hoc tit.*

§. 1456.

Contractus stricti juris, licet dolus illis caussam dederit, summo jure subsistunt, sed propter dolum iis caussam dantem, vel incidentem rescindi possunt, vel actione ex stipulatu, si de dolo stipulatio nominatim interposita fuerit, vel actione de dolo, si stipulatio illa fuerit praetermissa (1); quia in contractibus stricti juris id tantum inspicitur, de quo conventum est, non quod ex bono, et aequo praestandum sit (2).

(1) *L. Et eleganter* 7. §. *Non solum* 3. *ff. hoc tit.*, *l. Si quis* 36. *ff. de V. O.* (45. 1.)

(2) §. *Actionum* 28., §. *In bonae fidei* 30. *instit. de actionib.* (4. 6.)

§. 1457.

Neque objiciatur, dolo circumventum non consentire (1); adeoque contractum ipso jure non subsistere, cum nullus intelligi possit contractus absque consensu (2); etenim non omnis consensu per dolum excluditur, cum promissor per dolum stipulatus sciat, quid, et cui promittat (3): quod sufficere visum est, ne contractus ipso jure corruat: quamquam, exitu inspecto, non multum interest; cum per doli actionem infirmetur (4).

(1) *L. In omnibus* 57. *ff. de obligat., et actionib.* (44. 7.), *l. Nihil consensui* 116. §. *ult. ff de reg. jur.*

(2) *D. l.* 57. *ff. de obligat., et action.*

(3) *L. Si id, quod* 22. *ff. de V. O.* (45. 1.)

(4) *D. l.* 22. *in fin.*, *l.* 1. §. 1., *et passim ff. hoc tit.*

§. 1458.

Plane apud omnes constat, eum, qui dolo circumventus contraxit, posse, si malit, contractui stare; tum quia favore decepti constitutum, ut ipso jure nulla sint, vel rescindi possint dolo gesta; adeoque nihil prohibet, quominus juri sibi competenti renunciet (1); alioquin in odium ipsius detorqueretur legis beneficium contra aequitatis regulas (2); tum quia alter contrahens, qui dolo circumvenit, plene consentit; nec proinde ullam habet a contractu recedendi justam caussam.

(1) *L. penult. cod. de pact.* (2. 3.)

(2) *L. Nulla juris* 25. *ff. de legib.* (1. 3.), *l. Quod favore* 6. *cod. eod. tit.* (1. 14.)

§. 1459.

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 4. tit. 5. Cod. l. 2. tit. 21.

Doli actio datur in subsidium, seu deficientibus aliis actionibus (1) laeso, ejusque haeredibus (2), si modo laesus doli conscius non fuerit (3), adversus eum, qui dolum admisit (4); atque haeredes, licet nihil ad eos pervenerit ex dolo defuncti (§. 332.): in solidum adversus singulos, si plures dolo fecerint; ita tamen, ut unius praestatione caeteri liberentur (5).

(1) *L. 1. princip., et §. Ait praetor 4. ff. hoc tit.*
(2) *L. Haeredibus 13. ff. hoc tit.*
(3) *L. Cum donationis 34. cod. de transact.* (2. 4.)
(4) *L. Haeredibus 13. §. 1., et l. seq. ff. hoc tit.*
(5) *L. Si plures 17. ff. hoc tit.*

§. 1460.

Si procurator, tutor, administrator quilibet dolum admiserit, actio de dolo contra ipsos datur, non contra eos, quorum res gerunt, nisi quatenus ad eos pervenit (1); ne cum alterius dispendio locupletentur (2). Nec liberis adversus parentes (3), aut haeredes eorum, cum nec exceptio detur, quae tamen infamiam non affert; quia parentibus tam vivis, quam defunctis honor exhibendus est (4): sicut nec humili, et vili adversus personas dignitate, vel vitae integritate excellentes; sed actio in factum adhibenda est (5), ne hi ex dolo suo lucrentur (6).

(1) *L. Sed et ex dolo 15. princ., et seqq. ff. hoc tit.*
(2) *L. Nam hoc natura 14. ff. de condiction. indebit.* (12. 6.)
(3) *L. Non debet 11. §. 1. ff. hoc tit.*
(4) *L. Apud Celsum 4. §. Adversus parentes 16. ff. de dol. mal., et met. exception.* (44. 4.)
(5) *D. l. 11. §. 1. ff. hoc tit.*
(6) *L. Ne ex dolo 12. ff. hoc tit.*

§. 1461.

Doli actione petitur, ut res dolo amissa restituatur, si fieri possit, aut alioquin praestetur id, quod interest (1): puta si res perierit, vel nihil translatum sit, sed actio ex alterius dolo per temporis lapsum amissa (2); vel si tertii, non contrahentium, dolus intervenerit (§. 1454.)

(1) *L. Arbitrio 18. princip., et §. 1. ff. hoc tit.*
(2) *L. 1. §. Idem Pomponius 6. ff. hoc tit.*

§. 1462.

Sed, ut haec actio detur, certo constare debet de dolo malo (1), atque agi de summa non modica, quae duos saltem aureos excedat (2); nec alia praesto sit actio ad obtinendam indemnitatem, cum haec subsidiaria sit (3), nisi alia sit magis famosa (4).

(1) *L. Et eleganter 7. §. ult. ff. hoc tit.*
(2) *L. Si quis adfirmavit 9. §. ult. et duabus ll. seqq. ff. hoc tit.*
(3) *L. 1. princip., et §. Ait praetor 4. ff. hoc tit.*
(4) *L. Si quis adfirmavit 9. §. Item si 2. ff. hoc tit.*

§. 1463.

Doli actionem adversus doli auctorem intra biennium continuum a die admissi doli computandum conclusit Imperator Constantinus (1): verum post id tempus usque ad triginta annos (2) actionem in factum dari, vulgo placet interpretibus (3), quemadmodum de actione adversus haeredem tradit Gajus (4). Sane aequitas suggerit, ut decepto ad indemnitatem consequendam omnimodo succurratur.

(1) *L. ult. cod. hoc tit.*
(2) *Argum. l. Sicut in rem 3. codic. de praescription. XXX., vel XL. annor.* (7. 39.)
(3) *Voet in ff. hoc tit. num. 12., et ult.*
(4) *L. Itaque 28. ff. hoc tit.*

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 4. tit. 2. Cod. l. 2. tit. 20.

CAPUT II.

Quod metus caussa gestum est, an ratum habeatur.

Instit. lib. 4. tit. 13. *De exceptionib.*
Digest. lib. 4. tit. 2. *Quod metus caussa etc.*
Codic. lib. 2. tit. 20. *De his, quae vi metusve caussa gesta sunt.*

SUMMARIA.

Metus gravis est, vel levis; juste, vel injuste incussus. §. 1464.

Vis conditionalis a metu non distat, utique absoluta. §. 1465., *et* 1466.

Vis absoluta consensum omnem excludit, non autem conditionalis. §. 1467., *et* 1468.

Quae vi, et metu gesta sunt, ipso jure irrita non habentur, sed rescindi possunt, quibusdam exceptis. §. 1469., *et* 1470.

Doli nomine aliquando in jure significatur improbitas omnis contra bonos mores. §. 1471.

Actio quod metus caussa competit intra quadriennium. §. 1472.

Quid si rem illicitam faceret, qui metu aliquid dedit, vel promisit. §. 1473., *et* 1474.

Actio quod metus caussa datur etiam adversus rei per metum amissae possessores, atque haeredes. Quid de iis, qui ex metu lucrari sunt? §. 1475.

Actione quod metus caussa quadruplum jure Romano petitur adversus contumacem; usu fori simplum. §. 1476.

Metus justus restitutioni locum non facit. Qui metus juste incussus censeatur? §. 1477., *et* 1478.

Metus vani justa excusatio non est. Judex aestimare debet, an gravis sit, vel levis metus. §. 1479., *et* 1480.

Metus reverentialis liberorum erga parentes, vel uxoris erga maritum gravis per se non est, si minas graviores adjunctas non habeat. §. 1481.

An infamiae metus gravis reputetur? §. 1482.

Minae graves ab eo factae, qui minas exequi possit, et solitus sit, metum gravem parere possunt. §. 1483.

Sola mali suspicio non sufficit ad obtinendam restitutionem ex caussa metus, si perperam concepta fuerit. §. 1484.

Metum allegare non sufficit, sed probandus est. §. 1485.

Nuptiae, dotis promissio, libertatis datio nullum ipso jure effectum habent. Quare? §. 1486.

Metu gesta ex ratihabitione libere praestita convalescunt. §. 1487.

Ratihabitio non inducitur ex silentio metum passi; nec ex eo, quod protestatus non fuerit adversus contractum metu celebratum. §. 1488.

Quid si metum passus nullum inde damnum senserit? §. 1489.

Actio quod metus caussa quo tempore concludatur? §. 1490.

§. 1464.

Metus, ut alibi diximus, est instantis, vel futuri periculi caussa mentis trepidatio: gravis est, vel levis, prout imminet grave malum, vel leve, aut quod verosimiliter non impendat (1). Metus sive gravis, sive levis, vel jure, vel injuste incutitur; juste, puta a judice, ut ad aliquid faciendum impellat, vel a faciendo deterreat. Gravis porro, vel levis metus non idem omnibus est; cum alii meticulosiores, alii magis constantes sint (2).

(1) *V. Tom. I. pag.* 210. §. 596., *l.* 1., *et passim ff. hoc tit.*
(2) *D.* §. 596. *in fin.*, *et* §§. *seqq.*

§. 1465.

A metu parum distat vis conditionalis, ut ajunt: vis a Paulo describitur majoris rei impetus, qui repelli non potest (1). Olim in edicto praetoris metui vis adjungebatur, sed postea ejus mentio, ait Ulpianus, detracta est, quia, quodcumque vi fit, id quoque metu fieri videtur (2).

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 4. tit. 2. Cod. l. 2. tit. 20.

(1) *L. Vis autem 2. ff. hoc tit.*
(2) *L. 1. in fin. ff. hoc tit.*

§. 1466.

Vim conditionalem a metu parum differre dicimus (§. praec.), non vero absolutam. Vis absoluta est, cum quis invitus ita cogitur ad aliquid faciendum, ut resistere non possit: puta a robustiore, manu arrepta, quis cogatur gladio alterum percutere; vel omittendum; veluti si in judicium vocatus vi detineatur, ne eat. Conditionalis est vis, quae non statim infertur, sed inferendam quis minatur, nisi alter suae voluntati pareat.

§. 1467.

Vis absoluta, utpotequae plane in invitum exercetur, omnem excludit consensum (1): atque ideo bonorum, quae per vim ablata sint, dominium non amittitur (2). Sed vis conditionalis, quae a metu non distinguitur, omnem consensum non excludit; quippe per hanc vim, vel metum faciens ex duobus malis imminentibus illud eligit, quod sibi levius videtur; mavult, puta, rem tradere, quam pati malum, quod alter, nisi faciat, minatur (3).

(1) *Cap. Sacris 5. extra Decret. Greg. de his, quae vi, metusve caussa fiunt.* (1. 40.)
(2) *Princip. instit. de vi bonor. raptor.* (4. 2.)
(3) *L. Si mulier 21. §. Si metu 5. ff. hoc tit.*

§. 1468.

Neque obstat Ulpianus, ajens, nihil consensui tam contrarium esse, quam vim, et metum, quem ideo comprobare contra bonos mores est (1); etenim nos utique fatemur, eum, qui vi, et metu agit, omnino libere non agere; cum, his sepositis, acturus non fuisset: sponte tamen agit, quia posset ab agendo abstinere, si malum impendens pati mallet (§. praeced.)

(1) *L. Nihil consensui* 116. *ff. de R. J.* (50. 17.)

§. 1469.

Cum ea, quae per vim, et metum gesta sunt, consensum habeant, consequenter visum non est, ea ipso jure nulla statuere, quibusdam exceptis, de quibus infra (1): sed quia consensus hic omnino liber non est, idcirco rescindi debent publica auctoritate (2); quia et contra bonos mores esset eadem comprobare, ut scite ait Ulpianus (3). Haec quidem interdum nullius momenti esse dicuntur (4); sed id pertinet ad exitum, quatenus nempe, cum a praetore rescindantur, et suae aequitati restituantur (5), exitu inspecto, nullius momenti sunt, cum nullum pariant effectum.

(1) *V. infra* §. 1486.
(2) *L. 1., l. ult.* §. 1. *ff. hoc tit.*
(3) *D. l. Nihil consensui* 116. *ff. de reg. jur.*
(4) *L. penult. ff. hoc tit.*
(5) *D. l. 1., et l. ult.* §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1470.

Neque a dolo ad metum licet argumentari: qui dolo facit, errore labitur, qui consensum excludit (1): adeoque nulla merito dicta sunt per dolum bonae fidei contractui caussam dantem (§. 1453.) gesta: qui autem metu, vel vi impulsus agit, minus quidem libere, sed sponte agit (§. 1468.); propterea sufficere visum est, haec a praetore rescindi (2).

(1) *D. l. Nihil consensui* 116. §. *ult. ff. de reg. jur.*
(2) *D. l. 1., et l. ult.* §. 1. *ff. hoc titul.*

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 4. tit. 7. Cod. l. 2. tit. 20.

§. 1471.

Cum ergo, ait Ulpianus, eum, qui metum facit, etiam de dolo teneri (1), doli nomine intelligit improbitatem, quae contra bonos mores est, non specialem illam calliditatem, et fallaciam ad circumveniendum alterum adhibitam, quae dolum proprie dictum significat, auctore eodem Ulpiano (2): qui et metum a dolo separat, tradens utramque actionem tum de dolo, tum metus caussa, reprobata Cassii sententia, dandam esse (3).

(1) *L. Item si* 14. §. *Eum qui* 13. *ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1. §. *Dolum* 2. *ff. de dol. mal.* (4. 3.)

(3) *L. Apud Celsum* 4. §. *Metus caussa* 33. *ff. de dol. mal., et met. exception.* (44. 4.)

§. 1472.

Actio quod metus caussa, ita dicta a prioribus praetorii edicti verbis (1), personalis est (2), in rem tamen scripta, quatenus rem vi, vel metu amissam persequitur adversus omnes possessores (3), competens intra quadriennium (4) ei, qui vi, vel metu illato damnum passus est, sive dederit, promiserit, aut omiserit (5), haeredibus ejus (6), atque fidejussoribus (7).

(1) *L.* 1. *ff. hoc tit.*

(2) §. *Praeterea* 31. *instit. de actionib.* (4. 6.)

(3) *L. Metum autem* 9. §. *Sed, quod praetor* 3. *ff. hoc tit.*

(4) *L. ult. cod. de temporibus in integr. restitut.* (2. 53.)

(5) *D. l.* 9. §. 3. *ff. hoc tit.*

(6) *L. Item si* 14. §. *In caussae* 2. *ff. hoc tit.*

(7) *D. l.* 14. §. *Labeo* 6., *et* §. *Si per vim* 8.

§. 1473.

Neque interest, utrum rem licitam faceret, an illicitam, qui per metum aliquid dedit vel promisit; si enim quis in adulterio deprehensus, ne vulneraretur, vel ne proderetur, quidquam dederit, praetor ei succurrit (1); sufficit enim metu datum fuisse, ut injuste, et contra bonos mores datum videatur (2): male quidem facit, qui crimen admittit, sed et culpandus est, qui praemium accipere vult, ne aliud patret delictum; vel ut abstineat ab actu, qui pretio non aestimatur.

(1) *L. Nec timorem* 7. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Isti quidem* 8. *ff. hoc tit.*

§. 1474.

Sed sibi contrarius videtur Ulpianus, alibi docens, repeti non posse, quod quis in adulterio deprehensus dedit, ut se redimeret, vel ne proderetur, quia utrinsque turpitudo versatur (1). Sunt, qui putant, in priore lege (2) Ulpianum agere de eo, qui metu inductus dederit, vel promiserit: in posteriore (3) de dato sponte, sive nullo incusso metu. Verum, ut supra monuimus, naturali rationi magis congruit, ut restituatur, quod ob turpem caussam acceptum est, utpote sine justo titulo acquisitum, vel fisco saltem detur, aut in pios usus impendatur (§. 567.)

(1) *L. Item, si* 4. *princip.*, *et* §. 1. *ff. de condiction. ob turpem caussam* (12. 5.)

(2) *D. l. Nec timorem* 7. §. 1. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 4. *princip.*, *et* §. 1. *ff. de condict. indebit.*

§. 1475.

Actio quod metus caussa datur adversus eum, qui metum intulit, et, cum in rem scripta est (§. 1472.), adversus quoscumque rei per metum amissae possessores sive bonae, sive malae fidei (1); tum adversus haeredes in solidum, prout de doli actione diximus (§. 1459.): nec non adversus eos, qui ex metu lucrati sunt (2): nisi mercedem acceperint, ut metum patientem tuerentur (3).

(1) *D. l. Metum autem* 9. §. 1., *et ult.*; *l. Item si* 14. §. *In hac actione* 3., *et* §. *Aliquando* 5. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 9. §. *ult.*, *l.* 10. *princ.*, *et* §. 1., *l.* 11. *ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 9. §. 1. *in fin.*

§. 1476.

Actione quod metus caussa ex jure Romano petitur quadruplum rei amissae, et accessionum (1), si ex contumacia restituere detrectet, qui metum intulit (2), vel ille, ad quem res pervenit, in contumaciae poenam (3); alioquin ad simplum, seu restitutionem (4), restituto utique pretio, si quis metu coactus vendiderit (5). Usu fori actiones in duplum, triplum, vel quadruplum exoleverunt (§. 325.) Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 4. tit. 2. Cod. l. 2. tit. 20.

(1) *D. l. Item si* 14. §. 1., *et* §. *Quadruplatur* 7. *ff. hoc tit.*
(2) §. *Item actio* 27. *institut. de actionibus* (4. 6.)
(3) *D. l.* 14. §. *In hac actione* 3.
(4) *D. l.* 14. §. *Haec autem* 4.
(5) *L. Si vi* 3. *et seqq. cod. hoc tit.*

§. 1477.

Duae tamen desiderantur conditiones, ut rei per metum amissae restitutio jure petatur, nimirum. 1. Ut metus injustus fuerit. 2. Gravis. Imprimis metus juste incussus locum non facit restitutioni, puta a Magistratu jure illatus (1). Quod autem ait Paulus, si quis in carcerem detrusit aliquem, ut aliquid ei extorqueret, nullius momenti esse, quidquid ob hanc caussam factum est (2), vel de privatis carceribus jure improbatis accipiendum est (3); vel de publicis, sed per injuriam; cum nec ratum haberi debeat, quod judicis, potestate sua abutentis, imperio exortum est (4).

(1) *L. Continet* 3. §. 1. *ff. hoc tit.*
(2) *L. penult. ff. hoc tit.*
(3) *Argum. l. ult.* §. 1., *et* 2. *ff. hoc tit.*
(4) *L. ult.* §. *ult. ff. hoc tit.*

§. 1478.

Juste quoque incussus habetur metus hosti ab hoste, jure nimirum belli (1): tum et incontinenti illatus ab eo, qui prius metum passus est, vel a tertio, ut ille res metu amissas recuperet (2): queri de injuria non potest, qui prius injuriam fecit; cum vim vi repellere leges omnes sinant (3).

(1) *Grotius de jure belli, et pacis lib.* 3. *cap.* 19. *num.* 11.
(2) *L. Sed et partus* 12. §. 1. *ff. hoc tit.*
(3) *L.* 1. §. *Vim vi* 27. *ff. de vi, et vi armat.* (43. 16.)

§. 1479.

Praeterea requiritur, ut metus gravis sit, seu qui cadat in virum constantem (1); nec enim vani timoris justa excusatio est (2). An vero gravis sit, vel levis metus, judicis est aestimare, non tantum ex malo impendente, sed etiam ex conditione personarum (3), sexu, aetate, et animi dispositione; quod leviter virum constantem terret, mulierem, adolescentem, et virum meticulosiorem graviter turbat.

(1) *L. Metum* 6. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Vani timoris* 184. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(3) *L. Metus autem* 3. *ff. ex quibus causs. major.* (4. 6.)

§. 1480.

Metus servitutis (1), mortis, vinculorum (2), stupri (3), carceris (4) ex omnium sententia gravis reputatur, sive in liberis suis, cum pro affectu, eleganter Paulus, parentes magis in liberis terreantur (5); sive in uxore (6): at vicissim in parentibus, propter naturalem filiorum erga parentes charitatem, atque uxoris erga maritum (7).

(1) *L. Ego puto* 4. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Nec timorem* 7. §. 1. *ff. hoc titul.*
(3) *L. Isti quidem* 8. §. *penult. ff. hoc tit.*

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 4. tit. 2. Cod. l. 2. tit. 20.

(4) *L. pen. ff. hoc tit.*
(5) *D. l.* 8. *§. ult. ff. hoc tit.*
(6) *§. Patitur* 2. *institut. de injur.* (4. 4.)
(7) *Argum. l.* 1. *ff. de ritu nuptiar.* (23. 2.)

§. 1481.

Si quaeratur, an metus reverentialis liberorum erga parentes, vel uxoris erga maritum gravis existimetur, passim negant interpretes (1); quia grave ex hujusmodi metu malum non immineat (§. 1464.): gravis tamen fieri potest, si minas graviores adjunctas habeat (2): proinde judicis est prudens in hisce casibus arbitrium, singulis adjunctis diligenter pensatis (3): quemadmodum senatoriam dignitatem solam non sufficere ad metum arguendum aliquando traditur (4); alias constituitur, ut contractus extorti per impressionem, et potentiam eorum, qui in officio positi sunt, rescindantur (5).

(1) *Argum. l. Non cogitur* 21. *junct. l. seq. ff. de ritu nuptiar.* (23. 2.), *Argum. l. ult. ff. si quis aliquem testar. prohibuer.* (29. 6.), *Thesaur. lib.* 1. *quaest.* 5. *num.* 3.
(2) *L.* 1. *§. Quae onerandae* 5., *et seqq. ff. quar. rer. actio non dat.* (44. 5.), *Thesaur. ibid. num.* 5., 6., 7., *et* 17.
(3) *D. l.* 1. *§.* 6., *d. l. Metus autem* 3. *ff. ex quib. causs. major.* (4. 6.)
(4) *L. Ad invidiam* 6. *cod. hoc tit.*
(5) *L. penult., et ult. cod. hoc tit.*

§. 1482.

Infamiae metus apud jureconsultos gravis non reputatur, saltem ad restitutionem ex eo impetrandam (1); quia infamia juris a privatis irrogari non potest, sed tantum a judice; facti vero infamia non ab unius, vel alterius calumniatoris dicto pendeat, sed ex uniuscujusque factis. Neque aliud colligi potest ex Paulo (2); non enim ad famam pertinet, sed ad corporis integritatem. Excipiendus tamen est casus, quo calumniator talis sit, ut infamiam apud viros etiam honestos calumniam passo inferre possit; maxime si gravis inde damnum immineat, puta muneris, dignitatis, et similium (3).

(1) *L. Nec timorem* 7. *ff. hoc tit.*
(2) *In l. Isti quidem* 8. *§. penult. ff. hoc tit.*
(3) *L. Ego puto* 4., *junct. l.* 8. *§.* 1. *ff. hoc tit.*

§. 1483.

Minae, dummodo graves sint, atque ab eo factae, qui minas exequi possit, et solitus sit, vel merito timeatur executurus, metum gravem inducere possunt (1): adversus minarum jactationes usu receptum supra diximus, ut cautio de non offendendo exigatur a minarum auctore: aliquando et in perpetuum exilium ire jubetur (§. 785.)

(1) *L. Si donationis* 7., *junct. leg. Metum* 9. *cod. hoc tit.*

§. 1484.

Sola mali suspicio perperam concepta restitutioni ex caussa metus, aut vis locum non facit: veluti si dereliquerim fundum, *audito, quod quis cum armis veniret...., non videor vi dejectus, qui dejici non expectavi:* verba sunt Ulpiani (1): *aliter atque, si*, subjicit jureconsultus, *postquam armati ingressi sunt, tunc discessi* (2). Ergo Ulpianus ajens, *vi dejectum videri dominum fundi, qui, cum homines armatos venientes existimaret, profugit, quamvis nemo eorum fundum ingressus fuerit* (3), intelligendus est de eo casu, quo homines armati revera fundum ingressuri venirent, ut dominum dejicerent; sed ob repentinam aliquam caussam consilium mutaverint.

(1) *L. Metum autem* 9. *in princip. ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 9. *prop. fin.*
(3) *L. Non solum* 33. *§. Si dominus* 2. *ff. de usurpat., et usucap.* (41. 3.)

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 4. tit. 2. Cod. l 2. tit. 20.

§. 1485.

Cum in dubio quisque bonus censeatur, non sufficit metum allegare, ut contractus, tamquam ex metu gestus, rescindatur, sed omnino probandus ab allegante (1), quem praesumptio onerat (2): atque difficilius metus intercessisse creditur, si negotium, amicis intervenientibus, peractum fuerit (3). Conjecturae profecto ad metum probandum admittuntur (4).

(1) *L. ult. in princip. ff. hoc tit.*, *l. Metum* 9. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Ab ea parte* 5. *ff. de probat.* (22. 3.)

(3) *L. Transactionem* 35. *cod. de transactionib.* (2. 4.)

(4) *Thesaur. lib.* 1. *quaest.* 51. *num.* 23., *et seqq.* ✠

§. 1486.

Supra diximus, contractus metu initos ipso jure subsistere, sed praetoris auctoritate infirmari, quibusdam exceptis (§. 1469.). Excipiuntur nuptiae (1), dotis promissio (2), libertatis datio, si ipse servus, vel populus dominum coegerit, ut manumitteret (3); quod ob singularem eorum indolem inductum est; cum sine gravi incommodo subsistere per aliquod tempus, atque deinceps rescindi nequeant.

(1) *L. Neque ab initio* 14. *cod. de nupt.* (5. 4.)

(2) *L. Si mulier* 21. §. *Si dos* 3. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Ille servus* 9., *l. Si privatus* 17. *ff. qui, et a quibus manumiss.* (40. 9.)

§. 1487.

Quod si metum, aut vim passus negotia ex intervallo, et sponte rata habeat vel expresse, et verbis, vel tacite, et per facta, non dubium, quominus eorum rescissionem deinceps petens audiendus non sit; potest quilibet juri pro se introducto renunciare (1). Hinc, si quis sponte, et libere solvat, quod per metum pollicitus est, ratam habere censetur promissionem antea factam (2): idem dicendum, si dilationem ad solvendum petierit (3), fidejussores, vel pignora sponte dederit in securitatem obligationis metu extortae, sine qua subsistere non possunt (4).

(1) *L. Si quis in conscribendo* 29. *cod. de pact.* (2. 3.), *Thesaur. lib.* 1. *quaest.* 51. *num.* 1. ✠

(2) *L. Cum te* 2., *l. Si per vim* 4. *cod. hoc tit.*

(3) *Argum. l. penult. cod. de re judicat.* (7. 52.)

(4) *L. Cum principalis* 178. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1488.

Sed tacita ratihabitio non inducitur ex silentio metum passi, vel ex eo, quod adversus contractum metu gestum protestatus non fuerit; quod enim consentire aliquando videatur, qui tacet, cum de re sua agitur (1), huic casui accommodari non potest, quo tacens paratum habet a lege remedium, quo sibi prospiciat intra certum tempus: lex autem metum passo quadriennium indulget, intra quod agere possit ad contractum rescindendum (2). Quare potius praesumendum est siluisse, quia sciebat, jure suo nonnisi post certi temporis lapsum cariturum esse (3).

(1) *L. In omnibus* 3., *et l. seq. ff. de noxalib. actionib.* (9. 4.)

(2) *L. ult. cod. de temporib. in integr. restitut.* (2. 53.)

(3) *Argum. l. Sicut re* 8. §. *Non videtur* 15. *ff. quib. modis pign., vel hypotheca solvit.* (20. 6.)

§. 1489.

Denegatur actio quod metus caussa, quoties nullum damnum illatum est, puta si creditor debitori suo metum intulerit, ut solveret, quod vere debitum erat (1); inutilis est actio, ex quo nihil agenti abest: non tamen ideo vis, et metus sine poena sunt; cum vim inferentes poena legis Juliae teneantur (2); atque jus crediti amittat, qui debitorem suum ad solvendum coegerit (3): qui tamen juris rigor ubique non

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 4. Cod. l. 2. tit. 20.

servatur; sed vim et metum inferens adversario tenetur ad id, quod interest, atque citra ordinem pro modo violentiae arbitrio judicis coercetur (4).

(1) *L. Sed et partus* 12. § *ult. ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 12. §. *ult.*, *et l. seq.*

(3) *L. Extat enim* 13. *ff. hoc tit.*

(4) *Voet in ff. hoc tit. num.* 17. *in fine.*

§. 1490.

Actio quod metus caussa intra quadriennium, uti jam innuimus (§. 1476.), intentanda est, quoad pertinet ad quadruplum ex contumacia solvendum (1): sed quoad simpli restitutionem perpetua est, seu durat triginta annis (2), exemplo caeterarum actionum personalium (3); cum autem usu fori quadrupli poena non vigeat (d. §. 1476.), dicendum est, triginta annis actionem hanc concludi.

(1) *L. ult. cod. de temporib. in integr. restitut.* (2. 53.), *junct. l. Si per vim* 4. *in fin. cod. hoc tit.*

(2) *L. Item si* 14. §. 1., *l. Si mulier* 21. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Sicut in rem* 3. *cod. de praescription. XXX.*, *vel XL. annor.* (7. 39.)

CAPUT III.

De doli mali, et metus exceptione.

Instit. lib. 4. tit. 13. *De exceptionib.*
Digest. lib. 44. tit. 4. *De dol. mal., et met. exception.*
Codic. lib. 2. tit. 20. *De his, quae vi metusve caussa fiunt.*

SUMMARIA.

Doli exceptio generalis est, vel specialis. §. 1491.
Exceptio specialis doli quibus competat, et adversus quos? §. 1492., *et* 1493.
An successoribus singularibus ejus, qui dolum admisit, doli exceptio objici possit? §. 1494.
Metus exceptio iisdem fere regulis regitur, ac exceptio doli. §. 1495., *et* 496.
Exceptio doli, et metus perpetua est. Quare? §. 1497.

§. 1491.

Quae haetenus de dolo, vi, et metu diximus, lucem afferunt argumento, quod tractandum suscipimus: licet exposita potius ad actionem pertineant, quam ad exceptionem: quae tamen generalia sunt, tum actioni, tum exceptioni conveniunt. Doli exceptio vel generalis est, vel specialis. Generalis doli exceptio dicitur illa, quae cum aliis exceptionibus specialibus concurrere potest; quo sensu dixit Papinianus, doli exceptione tutum esse eum, qui aequitate defensionis actionem infringere potest (1); dolo enim facit, qui petit, quod exceptione quacumque elidi potest (2).

(1) *L. Qui aequitate* 12. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Palam est* 2. §. *Et generaliter* 5. *ff. hoc tit.*

§. 1492.

Specialis doli exceptio illa est, quae ex dolo competit ab agente admisso non tantum illis, qui dolum passi sunt (1), sed et caeteris, si in ea re, de qua agitur, dolus admissus fuerit (2); nec non haeredibus, et fidejussoribus, cum in rem sit exceptio haec, seu rei cohaereat, non personae (3).

(1) §. 1. *instit. hoc tit.*

(2) *L. Palam est* 2. §. *Plane* 2. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Exceptiones* 7. §. 1. *ff. de exceptionib.* (44. 1.)

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 4. Cod. l. 2. tit. 20.

§. 1493.

Exceptio haec datur adversus eos, qui dolo fecerunt, vel petendo faciunt, puta quia jam ipsis solutum sit (1), non adversus alios, quibus dolus imputari non potest (2). Dolus procuratoris aliquando imputatur domino (3), dummodo procurator mandati fines egressus non sit (4). An dolus filiifamilias noceat patri, et quousque, explicat Ulpianus (5).

(1) *L. Apud Celsum* 4. §. *Si quis pupillo* 4. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Palam est* 2. §. 1., *d. l.* 4. §. *penult. ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 4. §. *Quaesitum* 18., *l. Procurator* 11. *ff. hoc tit.*
(4) *L. Si procurator* 10. *cod. de procuratorib.* (2. 13.)
(5) *D. l.* 4. §. *In hac exceptione* 17. *ff. hoc tit.*

§. 1494.

Successoribus singularibus ejus, qui dolum admisit, doli exceptio secundum Ulpianum opponi potest, si actio ipsis cessa fuerit titulo lucrativo (1), non si oneroso, nisi accessione auctoris sui uti velint (2). Plane vitium auctoris successori singulari non nocet (3), seu mala fides auctoris non impedit, quominus successor singularis in bona fide constitutus usucapiat.

(1) *D. l. Apud Celsum* 4. §. *Si quis autem* 29. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 4. §. *De auctoris* 27., *et* §. *Auctoris* 31. *ff. hoc tit.*
(3) *L. An vitium* 5. *ff. de divers. temporalib. praesumptionib.* (44. 3.)

§. 1495.

Exceptio metus iisdem fere regulis subest, ac exceptio doli; nimirum competit metum passo, ejusque haeredi adversus quemlibet agentem ex negotio metu gesto, sive is metum incusserit, sive alius: in quo differt ab exceptione doli, quae objici tantum potest ei, qui dolum admisit; ita quippe receptum tradit Ulpianus apud Romanos, seu eo jure eos uti (1): discriminis ratio inde fortassis petenda, quod doli exceptio magis odiosa sit, quam exceptio metus; atque ideo illa soli doloso obstet, haec omnibus (2).

(1) *L. Apud Celsum* 4. §. *penult. ff. hoc tit.*
(2) *L. Palam est* 2. §. 1., *d. l.* 4. §. *penult. ff. hoc tit.*

§. 1496.

Non tantum haeredibus, sed etiam fidejussoribus datur exceptio haec, utpote in rem scripta, seu rei cohaerens (1); atque objicitur etiam haeredibus, et caeteris (§. praeced.), nisi pietas aliud suadeat (2): quo fundamento nec parenti, nec patrono metus exceptionem objicere filius, aut libertus potest, sed uti debet exceptione in factum (3), quae odiosa non est.

(1) *D. l. Apud Celsum* 4. §. *penult. ff. hoc tit.*, *l. Exceptiones* 7. §. 1. *ff. de exceptionib.* (44. 1.)
(2) *L. Licet famosae* 7. §. *Nec exceptiones* 2. *ff. de obseq. parentib., et patron. praestand.* (37. 15.)
(3) *D. l.* 4. §. *Adversus parentes* 16. *ff. hoc tit.*

§. 1497.

Exceptio, sive doli, sive metus perpetua est (1) exemplo caeterarum exceptionum; licet actio certo tempore concludatur (§. 1490.); actor enim potest, quandocumque malit, juribus suis experiri; reus vero non prius exceptiones suas allegare potest, quam conveniatur (2).

(1) *L. Pure mihi* 5. §. *ult. ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 5. §. *ult.*, *l. Licet* 5. *cod. de exceptionib.* (8 36.)

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 6. Cod. l. 8. tit. 37.

TITULUS XXVIII.

De litigiosis.

Instit. lib. 4. tit. 13. *De exceptionib.*
Digest. lib. 44. tit. 6. } *De litigiosis*
Codic. lib. 8. tit. 37. }

SUMMARIA.

Litigiosa res dicitur, super qua lis mota est. Quid de actione in judicium deducta, vel possessione? Cur alienatio rei litigiosae prohibeatur? §. 1498.

Res litigiosa non fit, instituta personali actione adversus rei possessorem. §. 1499.

Litigiosa fit actio realis sola in jus vocatione, vel precibus Principi oblatis, et judici insinuatis, dummodo lis sit de dominio. §. 1500., et 1501.

Quibus casibus de dominio quaeri videatur? Quid de actionibus mixtis? §. 1502.

Sola denunciatio debitoris morosi facta creditori hypothecario, ne distrahat, litigiosam rem non facit. §. 1503.

Beneficium ordinis non habet emptor, qui pignus emit, cum de eo lis jam mota esset inter creditorem, et debitorem. §. 1504., et 1505.

Pignus litigiosum non fit, lite inter creditorem, et debitorem de crediti, et pignoris jure instituta. §. 1506.

Possessor fundi alieni, licet dominii controversiam ab extraneo patiatur, eundem a vero domino emere potest. §. 1507.

Rei litigiosae possessionem propria auctoritate apprehendere non potest, qui vitium litigiosi objicit. §. 1508.

Res litigiosa cedi non potest. §. 1509.

Cessio rei litigiosae ea tantum reprobatur, quae fit ad lites alienas redimendas, data pecunia. §. 1510., et 1511.

Cessio facta ad litigandum ea lege adjecta, ut cessionarius post victoriam pretium conventum solvat, legibus improbatur. §. 1512.

Cessio rei litigiosae convalescit, si debitor cessionarium agentem sponte admiserit. §. 1513.

Litigiosae rei alienatio ipso jure nulla videtur. §. 1514., et 1515.

Alienationis nomine etiam donatio continetur. §. 1516.

Vendita re litigiosa, interest, an emptor rem litigiosam esse sciverit, an ignoraverit. §. 1517., et 1518.

Donatio rei litigiosae iisdem regulis hic regitur, ac venditio, quoad patitur utriusque contractus indoles. §. 1519.

Litigiosa res alienari potest ex caussa dotis, donationis propter nuptias, transactionis, divisionis, atque etiam per donationem omnium bonorum. §. 1520., et 1521.

Litigiosae res ultimae voluntatis actu alienari non prohibentur. §. 1522.

Alienatio rei litigiosae valet, si fiat ex caussa praecedente, dummodo bona fide: puta ex jure redimendi. §. 1523., et 1524.

Quidquid in fraudem litis, et adversarii fit, pro nullo, et irrito habetur. §. 1525.

Alienatio rei communis in extraneam personam post coeptum divisionis judicium non probatur. §. 1526.

Electio facta ab eo, qui jus eligendi habet, valet, licet de jure eligendi inter aliquos contendatur. §. 1527.

Litigiosae rei alienatio etiam hodierno fori usu improbari videtur. §. 1528.

§. 1498.

Litigiosa res appellatur, super qua lis mota est (1); nec interest, utrum res corporalis sit, an incorporalis; nam et actio in judicium deducta litigiosa fit (2): immo et si de possessione in judicio agatur, haec litigiosa evadit, non tamen res ipsa, de cujus proprietate non contenditur (2). Rei autem litigiosae alienatio idcirco prohibetur, quia deteriorem alienans facere velle videtur conditionem alterius litigantis, opposito potentiore adversario (4). Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 6. Cod. l. 8. tit. 37.

(1) *L. Lite pendente* 2., *et l. sequ. cod. hoc tit.*

(2) *D. l.* 2. *cod. hoc tit.*

(3) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 25. *def.* 1. *in princ.*, *et def.* 7. *in princ.*, *Brunneman. in cod. hoc tit. lib.* 8. *titul.* 37., *Auth. Litigiosa post l.* 1. *num.* 4.

(4) *L. ult. ff. hoc tit.*, *Osasc. decis.* 144. *num.* 2., *et seqq.*

§. 1499.

Rem litigiosam dicimus, de qua in judicio disceptatur. Ergo personalis actio adversus possessorem rei instituta eam litigiosam non facit; nec ideo impedit, quominus, lite pendente, possit alienari (1); etenim ex legum sententia vitium rem ipsam afficere debet, ut alienatio impediatur (2), personalis autem actio rem nullatenus tangit (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 25. *definit.* 8. *num.* 8.

(2) *L. Lite pendente* 2., *et l. ult. cod. hoc tit.*

(3) §. 1. *instit. de actionib.* (4. 6.)

§. 1500.

Olim, sola in jus vocatione, res litigiosa non fiebat, sed litis contestatio necessaria erat (1): novo jure Justinianus discrevit actiones reales a personalibus; ita ut illae litigiosae fiant, sola in jus vocatione, vel precibus Principi oblatis, et judici insinuatis, atque per judicem futuro reo manifestandis (2); personales vero secundum veterum legum scita litis contestationem adhuc desiderant, cum nihil in his immutaverit Imperator.

(1) *L.* 1. *princ.*, *et* §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *Auth. Litigiosa post l.* 1. *cod. hoc titul.*

§. 1501.

Ut fiat litigiosa res, quae actione reali petitur per solam in jus vocationem, vulgo requirunt interpretes, ut lis sit de dominio, prout satis innuit Justinianus ita decernens; *litigiosa res est, de cujus dominio caussa movetur inter possessorem, et petitorem* (1): quod si alio jure reali petatur, veluti pignoris, servitutis, jus illud, nonnisi lite contestata, litigiosum fit (2).

(1) *D. Auth. Litigiosa post l.* 1. *cod. hoc tit.*

(2) *Brunneman. in cod. d. Auth. num.* 2.

§. 1502.

De dominio autem quaeri intelligitur non tantum rei vindicatione, sed etiamsi agatur quocumque jure in rem scripto, puta protomiseos, seu praelationis in re emphyteutica, vel feudali quibusdam personis competente (1). Actiones mixtae universales, veluti petitio haereditatis, eodem jure regi hic videntur, ac reales de dominio institutae (2).

(1) *Brunneman. in cod. hoc tit.*, *d. Auth. Litigiosa num.* 3.

(2) *Argum. l. Divus Pius* 5. *ff. de haereditat. petition.* (5. 3.)

§. 1503.

Apud omnes sane constat, sola denunciatione debitoris, qui solvere differat, facta creditori hypothecario, ne pignus alienet, rem litigiosam non fieri (1); cum enim jure suo creditor pignus vendat (2), atque ideo perperam contradicat debitor, cui imputandum est, cur non solvat, nullum parere potest effectum intempestiva ejus denunciatio.

(1) *L.* 1. *cod. hoc tit.*

(2) *L. Si cessante* 7. *cod. de distraction. pign.* (8. 28.)

Inst. l. 4 tit. 13. ff. l. 44. tit. 6 Cod. l. 8. tit. 37.

§. 1504.

Si tamen, lite inter creditorem, et debitorem de crediti, et pignoris jure jam instituta, rem creditori obligatam quis emerit; et creditor, qui in lite vicerit, hypothecaria contra emptorem agat, non potest emptor creditori objicere beneficium ordinis, seu excussionis (1), non quia pignus litigiosum fiat (§. praeced.), sed quia facto debitoris deterius fieri non debet jus creditoris sibi vigilantis (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 25. *def.* 1. *in princip.*

(2) *L.* 1. *ff. de alienat. judic. mutand. causs. fact.* (4. 7.)

§. 1505.

Nec interest, an bona, vel mala fide emptor rem pignoratam comparaverit; bona emptoris fides alteri captiosa esse non debet (1): nec quod emptor hic aliquod jus anterius dominii, vel pignoris in ea re habuisset (2); quia et per alienationem aufertur commodum possessionis creditori; quippequi nunc possideret, si injustam litem a debitore passus non fuisset; adeoque saltem possessio litigiosa est (§. 1498.)

(1) *L. Quod autem* 6. §. *Si quid cum pupillo* 10. *ff. quae in fraud. creditor.* (42. 8.), *l. Non debet* 44. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 25. *d. def.* 1. *num.* 4., *et* 5.

§. 1506.

Sane emptor, qui pignus, lite creditorem inter, et debitorem pendente, acquisivit, adversus creditorem, pignoris possessionem nactum, de anteriore jure suo experiri non prohibetur (1); is enim tantum cadit a jure suo, qui sciens rem litigiosam emit (2): haec autem res, ut modo diximus, litigiosa non est (§. 1503.)

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 25. *d. def.* 1. *in fin.*

(2) *L. ult. princ. et* §. 1. *cod. hoc tit.*

§. 1507.

Possessor quoque fundi alieni, licet dominii controversiam a non domino patiatur, eundem fundum a vero domino emere potest, dummodo bona fide, et sine vitio possideat (1); nihil enim prohibere videtur, quominus possessor, suae possessionis confirmandae caussa adversus improbum petitorem, jus sibi acquirat ab eo, qui dare potest; maxime quia cessio rei litigiosae pro luitione rerum sine vitio apud se constitutarum ab Anastasio permittatur (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 25. *def.* 2. *in princ., et cod. mandat. lib.* 4. *tit.* 26. *def.* 9. *allegat.* 1.

(2) *L. Per diversas* 22. *in med. cod. mandat.* (4. 35.)

§. 1508.

Licet possessor, ut jam innuimus (§. 1498.), rem litigiosam alienare nequeat (1), non tamen potest is, qui litigiosi vitium objicit, propria auctoritate ingredi rei possessionem, quam ante non habebat, atque emptorem spoliare; etenim vitium litigiosi impedit quidem rei acquisitionem (2), sed non tribuit adversario jus, quod antea non habebat: proinde si emptorem spoliaverit, emptori redintegranda est possessio cum fructibus, perinde ac si res litigiosa non fuisset (3); cum et praedo spoliatus restituatur (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 25. *d. def.* 2. *in fin.*

(2) *L. ult. princ., et* §. 1. *cod. hoc tit.*

(3) *Fab. cod. hoc tit. def.* 7. *num.* 1., *et seqq.*

(4) *Cap. In litteris* 5. *Decret. Greg. extra de restit. spoliator.* (2. 13.)

§. 1509.

Actio sive realis, sive personalis in judicium deducta fit litigiosa (§. 1498.), proinde cedi non potest, maxime procuratori ad litem (1): immo nec valet cessio, si is, qui litem injuste movit, cessionem impetret ab eo, qui jus agendi habuit, non quasi rei, vel actionis litigiosae (2) propter sanctionem Anastasii latam adversus redemptores

litium, et actionum alienarum (3): ideoque actori restituendum est pretium solutum (4); cum tamen scienter emens rem litigiosam re, et pretio careat (5).

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 6. Cod. l. 8. tit. 37.

(1) *L. Lite pendente* 2., *et l. ult. cod. hoc tit.*, *l. Per diversas* 22., *et l. seq. cod. mandati* (4. 35.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 24. *def.* 3.
(2) *Fab. cod. hoc tit. def.* 4.
(3) *D. l.* 22. *cod. mandat.*
(4) *D. l.* 22. *in med.*, *Fab. d. definit.* 4. *in fin.*
(5) *L. ult. cod. hoc tit.*

§. 1510.

Sed illae tantum cessiones Anastasii lege reprobantur, quae fiunt ad lites alienas redimendas, data pecunia, sive venditionis nomen cessioni insertum sit, sive nuda cessio facta proponatur (1), dummodo extra caussam donationis, quae ab Imperatore permittitur (2); abrogato veteri jure, ex quo venditio nominis controversi probatur, cum leges non distinguant (3), utique nisi in judicium jam deductum fuisset (4).

(1) *D. l. Per diversas* 22. *in princ. cod. mandat.* (4. 35.)
(2) *D. l.* 22. *in fin.*
(3) *L. Si nomen* 4., *l. Qui filiifamilias* 14. *ff. de haereditat., vel action. vendit.* (18. 4.)
(4) *L.* 1., *et pass. ff. hoc tit.*

§. 1511.

Hinc apud Sabaudos patres disputatum de eo casu, quo cessio alicui facta sit pure, et simpliciter, nulla pretii adjecta mentione; sed intuitu novae obligationis a cessionario contractae de solvenda post diem cedenti pari quantitate; addito etiam pacto, ut quanto minus a debitore exigi poterit, tantumdem deduceretur de nova illa obligatione (1). Quamvis diversi diversa sentirent, attamen res ex bona fide gesta habita fuit, praesertim cum cessio facta fuisset a pupillo, contra quem minor est praesumptio, et suspicio fraudis (2).

(1) *Fab. cod. mandat. lib.* 4. *tit.* 26. *def.* 9. *num.* 5.
(2) *Fab. d. def.* 9. *prop. fin.*

§. 1512.

Non tamen valet cessio actionis facta ad litigandum ea lege adjecta, ut cessionarius pretium conventum post victoriam cedenti solvat (1); haec enim cessio societatem futuri emolumenti, suspensa lite, continere videtur, quae prohibita est (2). Quare censuit Senatus, permittendum non esse cessionario, ut ex ea cessione ageret usque ad illam quantitatem, de qua fides habita fuerat; quia ex dilatione solvendi pretii usque in tempus victoriae appareret, nonnisi vexandi adversarii caussa factam fuisse cessionem, et in odium litis, quam idem cessionarius paullo ante ab eodem debitore passus fuerat, salvo tamen cedenti jure suo (3); cum hic rei religiosae cessio non intervenerit (§. 1509.)

(1) *Fab. cod. mandat. lib.* 4. *tit.* 26. *def.* 23. *in princ.*
(2) *L.* 1. §. *Si cui cautum* 12. *ff. de extraordinar. cognitionib.* (50. 13.)
(3) *Fab. d. def.* 23. *num.* 1. *et seqq.*

§. 1513.

Apud omnes profecto in confesso est, purgari vitium cessionis, si debitor cessionarium, quem beneficio Anastasianae constitutionis (1) removere potuisset, agentem admiserit (2); sanctio haec favore debitoris cessi inducta est, ne perperam litibus vexetur; propterea licet illi renunciare (3).

(1) *D. l. Per diversas* 22. *cod. mandat.* (4. 35.)
(2) *Fab. cod. eod. tit. mandat. lib.* 4. *tit.* 26. *def.* 10. *in princ.*
(3) *L. penult. cod. de pact.* (2. 3.)

§. 1514.

Alienationem rei litigiosae summo jure subsistere putant aliqui, ex eo, quod litigiosi exceptio contra acquirentem datur (1): inutilis autem esset exceptio, inquiunt, si alie-

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 6. Cod. l. 8. tit. 37.

natio ipso jure nulla esset (2). Hinc ulterius colligunt, vim omnino habituram esse alienationem hanc, si alienans victor in lite extiterit; quia tunc eventus rei judicatae demonstret, alienationem illam nulli damnosam fuisse (3).

(1) *L.* 1. §. 1. *in fin. ff. hoc tit.*, *l.* 1. §. *ult. ff. quae res pignor.* (20. 3.)

(2) *Princ.*, *et* §. 1. *instit. hoc tit.*

(3) *Voet in ff. hoc tit. num.* 1. *prop. fin.*

§. 1515.

Negant alii, valere alienationem rei litigiosae (1); atque nituntur rescripto Constantini, quo Imperator, res litigiosas quocumque contractu transferri in alium, prohibet, atque, alienatione non obstante, *tamquam si nihil factum sit*, litem nihilominus inter easdem personas ad finem perduci jubet (2). Si nihil factum censetur, profecto nulla est alienatio, saltem jure novo, quamquam, vetere jure inspecto, per solam exceptionem alienatio rei litigiosae rescindi forte poterat (§. praec.)

(1) *Brunneman. in cod. ad l.* 2. *hoc tit. num.* 7.

(2) *L. Lite pendente* 2. *hoc tit.*

§. 1516.

Alienationis nomine, ut modo innuimus, non onerosa tantum, veluti venditio, sed etiam lucrativa, donatio nempe transferendi dominii caussa continetur; nec interest, utrum alienatio sequatur in personam extraneam, an in conjunctam (1): cum in omni contractu, quo dominium transfertur, eadem vigeat non opponendi adversarii potentioris ratio (§. 1498.); sicut aeque viget in conjuncta, et extranea persona, in quam transferatur dominium; quo fundamento respondit Gajus, nec in sacrum sub poena dupli dedicari posse rem, de qua in judicio controversia est (2).

(1) *D. l. Lite pendente* 2. *cod. hoc tit.*

(2) *L. ult. ff. hoc tit.*

§. 1517.

Si ergo quis rem litigiosam in sacrum dedicaverit, dupli poenam sustinet, fisco applicandam (1). Quod si vendiderit, distinguit Justinianus, utrum vendiderit emptori scienti rem litigiosam esse, an ignoranti; quippe venditor semper praesumitur scire rei vitium, cum de ea litem sustineat. Si emptor sciverit, rem litigiosam esse, rem restituere cogitur, et pretio privatur, quod fisco cedit (2): atque venditor fisco aestimationem inferre jubetur (3).

(1) *D. l. ult. ff. hoc tit.*

(2) *L. ult. in fin. princ. cod. hoc tit.*

(3) *D. l. ult. in princ.*

§. 1518.

Sed si emptor bona fide comparaverit, nesciens rem litigiosi vitio laborare, nullam ipse poenam subit, sed venditor, alienatione in irritum deducta, et restituta re, pretium ei restituere debet cum alia tertia parte (1), ut ita puniatur dolosus venditor, emptor vero dolo carens tertiam pretii partem solatii loco consequatur. Alias vero duas pretii partes venditor fisco solvit (2), prout in casu ignorantis emptoris rei aestimationem (§. praeced.); nec enim levius puniendus est venditor, quia emptor vitium rei perspectum non habuerit.

(1) *D. l. ult.* §. 1. *cod. hoc tit.*

(2) *Brunnem. in cod. ad d. l. ult. num.* 3.

§. 1519.

Donatio litigiosae rei iisdem regulis ac venditio subjicitur, quantum utriusque negotii indoles patitur: quare si quis donaverit donatario scienti rem litigiosam esse, uterque aestimationem fisco solvit: si vero donatarius in bona fide positus sit, tertiam ipse aestimationis rei donatae partem a donante consequitur, reliquae duae partes fisco cedunt (1).

(1) *D. l. ult. princ.*, *et* §. 1. *cod. hoc tit.*

Inst. l. 4. tit. 13. ff. l. 44. tit. 6. Cod. l. 8. tit. 37.

§. 1520.

Plures tamen sunt hujusce regulae de rei litigiosae alienatione prohibita exceptiones. Imprimis licita est rei litigiosae alienatio ex caussa dotis, et donationis propter nuptias (1), singulari nuptiarum favore: quod plures obtinere putant non tantum in dote constituenda, sed etiam in restituenda (2): donationis propter nuptias eadem privilegia in jure tribuuntur, ac doti ipsi (3): et utraque alienatio necessaria judicatur, ideoque cessat suspicio, quae caussam legi dedit (§. 1498.)

(1) *Brunneman. ad d. l. ult. cod. hoc tit. num.* 6.

(2) *D. l. ult. §. 1. in fin. cod. hoc tit.*

(3) *L. Si constante* 19., *et Auth. seq. cod. de donat. ante nupt.* (5. 3.)

§. 1521.

Idem tradit Justinianus de alienatione, quae fiat ex caussa transactionis, vel divisionis rerum haereditariarum (1): transactionum maximus est favor; quippequibus lites impediuntur, publicae, et privatae rei admodum exitiosae (2): divisionis vero caussa pertinet ad alienationem universalem, ex qua multa transferuntur, quorum titulo singulari translatio rata non habetur (3). Quo fundamento placuit, per donationem omnium bonorum transire etiam rem litigiosam; maxime quia nemo tam stultus praesumitur, ut bona omnia sua donare velit, adversarii, cum quo litigat, in re singulari onerandi caussa (4).

(1) *D. l. ult. §. 1. cod. hoc tit.*

(2) *L. Item* 4. *§. 1. in fin. ff. de alienat. judic. mutand. causs. fac.* (4. 7.)

(3) *L. Quaedam* 62. *ff. de acquir. vel amit. posses.* (41. 2.)

(4) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 25. *defin.* 9. *in med.*

§. 1522.

Postremo Justinianus excipit alienationes ultima voluntate factas, institutionis, legati, aut fideicommissi titulo (1); tum quia in ultimae voluntatis dispositionibus minor adest fraudis suspicio; tum quia testator, etsi maxime is plerumque velit, expectare non potest litis finem. Sed solus litis eventus legatus videtur a testatore, qui litis conscius erat: quare licet legatariis liti ab haerede sustinendae adesse, si collusionem metuant (2).

(1) *D. l. ult. §. 1. cod. hoc tit.*

(2) *Auth. Nunc, si haeres post l. ult. cod. hoc tit.*

§. 1523.

Valet quoque alienatio rei litigiosae, lite pendente, si ea fiat ex caussa litem praecedente, nisi facta sit in fraudem: puta si debitor Titius, hypothecaria a Maevio creditore conventus, fundum controversum Sempronio interim vendiderit, tamquam habenti jus redimendi ex contractu ante celebrato, quam pignus constitueretur: si de jure redimendi certo constet, non dubium, quominus alienatio valeat (1): cum necessaria sit hujusmodi venditio, adeoque non judicatur in fraudem adversarii facta, prout de dote, atque donatione propter nuptias modo diximus (§. 1520.)

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 25. *defin.* 5. *in princ.*

§. 1524.

Sed si non constet de jure redimendi, aut Sempronius legitimi temporis praescriptione summoveri potuerit, in fraudem creditoris hypothecarii facta videtur alienatio haec; adeoque salva esse debet actio creditori adversus debitorem, perinde ac si adhuc possideret (1): nec interest, quod aliqua forte caussa fuerit concedendae restitutionis ad redimendum non obstante temporis lapsu, puta ex aetate redimentis; quia de jure restitutionis cognoscendum fuisset, Maevio praesente, cujus maxime intererat (2), ne forte colluderetur (3).

(1) *L.* 1. *ff. de alienat. judic. mutand. causs. fact.* (4. 7.) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 25. *d. def.* 5. *num.* 3., *et seqq.*

ff. l. 4. tit. 7. Cod. l. 2. tit. 55.

(2) *L. De unoquoque* 47. *ff. de re judicat.* (42. 1.), *Fab. d. def.* 5. *num.* 5., *et* 6.
(3) *Argum. Auth. Nunc, si haeres post l. ult. cod. hoc tit.*

§. 1525.

In his rerum adjunctis Senatus pro creditore pronunciavit, non quasi vitium litigiosi contractum fuisset, quippequod non contrahitur, neque per hypothecariam actionem (§. 1504.), neque per motam de controversia possessionem (§. 1498.); cum caussa possessionis diversa sit a caussa proprietatis (1); sed quia pro nullo, atque irrito haberi debeat, quidquid in fraudem litis, et adversarii factum est (2), ut in specie non plane absimili supra innuimus (d. §. 1504.)

(1) *L. Naturaliter* 12. §. 1. *ff. de acquirend. possession.* (41. 2.)
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 25. *d. def.* 5. *num.* 8., *et* 9.

§. 1526.

Vix monendum, alienationem rei haereditariae, vel communis non valere, postquam communi dividundo, vel familiae erciscundae judicium coeptum est; non quod res hoc judicio litigiosae fiant, sed quia durior videtur fieri conditio sociorum, mutata socii persona (1): ideoque jura improbant hasce alienationes in extraneam personam, nisi necessitas urgeat (2); cum haec ex trito axiomate legi non subsit.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 25. *defin.* 6.
(2) *V. supra* §. 95., *et seqq.*

§. 1527.

Cum necessariae alienationes a vitio litigiosi immunes habeantur (§. 1520.), inde colligit Faber, electionem factam ab eo, qui eligendi jus habet, ratam esse, licet de jure eligendi inter aliquos contendatur (1); atque confirmatio electionis usque in litis eventum differatur (2), ut certo constet de eligente, et electi jure.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 25. *def.* 10.
(2) *Cap. Cum venissent* 2. *extra Decret. Greg. de restitut. in integr.* (1. 41.)

§. 1528.

Quae hactenus disputavimus de alienatione rei litigiosae, jure Romano nituntur. Sunt, qui putant, hodiernis moribus res litigiosas alienari impune posse, salvo tertii jure (1); alii tamen tutius existimant, facultatem a Principe obtinendam esse, si justa aliqua subsit alienandi, vel confirmandae jam secutae alienationis caussa (2).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num. ult.*
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 25. *def.* 11.

Appendix.

De alienatione judicii mutandi caussa facta.

Digest. lib. 4. tit. 7.
Codic. lib. 2. tit. 55. } *De alien. judic. mut. causs. fact.*

SUMMARIA.

Alienatio judicii mutandi caussa facta prohibetur, ne durior fiat alterius litigantis conditio, graviore opposito adversario. §. 1529.
Alienans in fraudem actione in factum tenetur ad id, quod interest adversarii. §. 1530.
Actio haec in factum haeredibus laesi datur, sed non contra haeredes alienantis. §. 1531.
Quis in hoc argumento alienasse videatur? §. 1532.
Alienari in fraudem adversarii non intelligitur, qui nomen sine dolo alteri cedit. §. 1533., *et* 1534.

Quid si collusio allegetur. §. 1535.

Alienatio judicii mutandi caussa etiam ante litem contestatam prohibetur. §. 1536.

Alienationes necessariae non judicantur in fraudem factae. Quid de alienante, ne saepus litigare cogatur? §. 1537.

Actu ultimae voluntatis facta alienatio dolosa non praesumitur. §. 1538.

Quid si alienans paratus sit utile pati judicium perinde ac si possideret? §. 1539.

ff. l. 4. tit. 7. Cod. l. 2. tit. 55.

§. 1529.

Cum eadem sit prohibendae alienationis, quae judicii mutandi caussa fit, ac alienandae rei litigiosae, consultius existimavimus de utraque continuato sermone disserere. Rei litigiosae alienatio prohibetur; ne deterior fiat alterius litigantis, potentiore adversario opposito, conditio (§. 1498.): atqoe eadem ratione prohibent leges, ne res alienetur in fraudem, seo animo mutandi judicii, quia plerumque durior fit conditio adversarii, dum is, qui litem metuit, in locum suum substituit alium molestum, rixosum, poteotiorem, vel alterius provinciae (1).

(1) *L.* 1., *princip*, *et* §. 1., *l.*, 2., 3., *et pass. ff. hoc tit.*

§. 1530.

Si ergo quis in fraudem ejus, a quo litem metuit, rem alienaverit, actione in factum a praetore data tenetur, quanti alterius interest, alium adversarium non habere (1); idest ad impensas graviores, si quas forte idcirco facere coactus fuerit, aut si quod incommodum passus sit (2).

(1) *D. l.* 1., *in princip. ff. hoc tit.*

(2) *L. Quia etiamsi* 3. §. *penult. ff. hoc tit.*

§. 1531.

Haec in factum actio, cum rei persecutoria sit (1), non tantum laeso datur, sed et illius haeredibus (2) adversus alienautem, sed non adversus haeredem, aut successorem (3); quia, licet rei persecutoria sit, ex delicto, seu dolosa alienatione dari videtur (4).

(1) *L. Quia pertinet* 7. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Item si* 4. §. *ult. ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 4. §. *ult.*, *l.* 5. *ff. hoc tit.*

(4) *D. l.* 7. *ff. hoc tit.*

§. 1532.

Nihil porro interest, utrum actori in sem alienatam actio realis, veluti dominii, aut servitutis competeret (1), an personalis (2); nec utrum oneroso, an lucrativo titulo res alienata sit (3); quia in omnibus hisce casibus durior fit adversarii conditio, quod leges precavere voluerunt (§. 1529.). Alienasse quoque judicatur, qui possessionem dolo malo amisit (4); non tamen, qui omisit adipisci possessionem, quam acquirere potuisset (5) secundum generales juris regulas (6).

(1) *L. Item si* 4. §. *Ad jura* 4. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Quia etiamsi* 3. §. *Item si* 2., *et seqq. ff. hoc tit.*

(3) *L. penult. ff. hoc tit.*

(4) *D. l.* 4. §. *Pedius* 2. *ff. hoc tit.*

(5) *D. l.* 4. §. 1. *ff. hoc tit.*

(6) *L. Non alienat* 119. *ff. de R. J.* (50. 17.)

§. 1533.

Neque in fraodem adversarii alienare intelligitor actor, qui nomen alteri absque dolo cedit. Cum Titius (ut, specie proposita, generalis sententia facilius percipiatur), cui Maevius centum debebat ex chirographo, ipsum actione personali convenisset, nec tamen per ejus frustrationem consequi potuisset, nomen hoc Sempronio creditori suo, a quo ad solutionem urgebatur, in solutum dederat. Sempronius Maevium apud suos

ff. l. 4. tit. 7. Cod. l. 2. tit. 55.

repertum in jus vocaverat, atque solutionem ab eo, judicis auctoritatae, consecutus fuerat. Maevius Titium convenit, ab eo petens, quanti interesset, cessionem alienigenae factam non fuisse, quam asserebat contra praetoris edictum (1), et judicii mutandi caussa factam (2).

(1) *De quo in l. 1. ff. hoc tit.*

(2) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 37. def. unic. in princip.*

§. 1534.

Cessio haec, dummodo bona fide facta sit, non incidit in praetoris edictum (1): quippequod tantum pertinet ad alienationes factas dolo malo a reo, non ab actore (2): tum quia reus non amittit actiones, quae ipsi restitui possint; tum quia rei parum interest, utrum ab hoc, an ab illo adversario conveniatur, cum actor rei, non viceversa forum sequatur (3), praeterquam in singularibus quibusdam casibus, in quorum numero hic non est, de quo disputamus.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 37. d. defin. unic. num. 4., et seqq.*

(2) *L. Quia etiamsi 3. §. Ex quibus 4. ff. hoc tit.*

(3) *L. Juris ordinem 2. cod. de jurisdiction. omn. judic.* (3. 13.)

§. 1535.

Quia tamen Maevius allegabat, dolo malo Titii, atque colludente Sempronio cessionem hanc simulate factam fuisse, censuit Senatus, nihil constitui debere inaudito Sempronio, et prius eum vocandum, et quidem sumptibus Titii, de cujus dolo purgando agebatur (1). Putabat quidem Faber (2), Sempronium evocandum potius sumptibus Maevii, cum nullatenus de dolo Titii constaret (3): verum Senatus aliud censuit, fortasse, quia praesumptio adversus Titium urgere videbatur.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 37. defin. unic. num. 16.*

(2) *Fab. d. def. unic. in fin.*

(3) *Qui tamen probandus est ab allegante, l. Quoties operae 18. §. 1. ff. de probationib.* (22. 3.)

§. 1536.

Alienatio judicii mutandi caussa ante litem contestatam (1) facta improbatur, si modo in fraudem alterius facta sit (2); fraus autem non praesumitur (3): quamquam, utpote in animo latens, atque ideo difficilis probationis, indiciis etiam, atque levioribus argumentis probata censetur (4).

(1) *Si alienatio sequatur post litem contestatam, res litigiosa fit, de qua diximus capite praecedenti.*

(2) *D. l. 1., in princip. ff. hoc tit.*

(3) *D. l. Quoties operae 18. §. 1. ff. de probationib.* (22. 3.)

(4) *Argum. l. Sicut 8. §. Supervacuum 7. ff. quib. mod. pign., vel hypoteheca solvit.* (20. 6.)

§. 1537.

Hinc alienationes factae ex caussa necessitatis, puta dotis, donationis propter nuptias (§. 1520.), vel urgente re familiari, edicto non continentur, utpote fraudis suspicione immunes (1). Neque factum ejus improbat praetor, qui rem alienavit, ne saepius litigare cogeretur; *haec enim*, scite Ulpianus, *verecunda cogitatio ejus, qui lites execratur, non est vituperanda* (2): sicuti nec dolosus praesumitur, qui ob rei vitium venditori redhibuerit (3).

(1) *L. 1., in princip., l. Item si 4. §. 1. in fin. ff. hoc tit.*

(2) *D. l. 4. §. 1. in med.*

(3) *L. Ex hoc edicto 8. §. ult., et ll. seqq. ff. hoc tit.*

§. 1538.

Quemadmodum alienatio rei litigiosae actu ultimae voluntatis permittitur (§. 1522.), ita, et quidem potiori ratione, judicii mutandi caussa videri non potest facta aliena-

tio institutionis, legati, aut fideicommissi titulo (1): quia nec idem judicium retinere potest testator, qui haeredem instituit, vel legat; praeterquamquod suspicio fraudis in testatore cessat (2), sine qua edicto locus non fit (3).

ff. l. 4. tit. 1. Cod. l. 2. tit. 64.

(1) *D. l. Ex hoc edicto* 8. §. *Sed haeredem* 3. *ff. hoc tit.*
(2) *Argum.* §. *Impossibilis* 10 *instit. de haeredib. instituend.* (2. 14.)
(3) *L.* 1. *in princip. ff. hoc tit.*

§. 1539.

Cessat actio ad id, quod interest, licet res judicii mutandi caussa alienata fuerit, si is, qui alienavit, paratus sit utile pati judicium, perinde ac se posssideret (1). Potest tamen actor, si utile sibi videatur, rei vindicationem instituere adversus eos, in quos judicii mutandi caussa translata fuit (2).

(1) *L. Quia* 3. §. *ult. ff. hoc tit.*
(2) *L. unic. cod. hoc tit.*

TITULUS XXIX.

De restitutione in integrum.

Digest. lib. 4. tit. 1. *De in integr. restitutionib.*
Cod. lib. 2. tit. 54. *Quib. ex causs. major. in integr. restituant.*

SUMMARIA.

Cur de restitutione in integrum hoc loco agendum sit? §. 1540., *et* 1541.
Restitutio in integrum definiri potest actio, qua petitur, ut res, vel caussa in pristinum restituatur. §. 1542.
Quae sint de in integrum restitutione sigillatim expendenda? §. 1543.

§. 1540.

Cum restitutio in integrum extraordinarium sit juris remedium, quo laesis ob dolum adversarii, vim, vel metum injuste illatum, ob sententiam, ignorantiam (1), aliasve justas caussas succurritur (2), opportunus nobis visus est hic agendi locus de restitutione, postquam generatim tradidimus, quae ad ignorantiam juris, vel facti, dolum, vim, et metum pertinent: simul expedituri alias obtinendae in integrum restitutionis caussas, quae specialem in corpore juris titulum non habent.

(1) *L.* 1., *et* 2. *ff. hoc tit.*, *l.* 1. §. 1. *ff. ex quib. causs. major. etc.* (4. 6.)
(2) *D. l.* 1. §. 1. *in fin.*

§. 1541.

Hic autem unice agendum nobis est de restitutione; quae majoribus conceditur: de restitutione minorum, eorumque, qui minoribus comparantur, suo loco fuse pertractavimus (1): nec non universitatum, quae minorum jure utuntur (2): atque ex illis locis petenda sunt generalia restitutionis in integrum principia, et jura (3); quippe ea tantum obiter revocabimus, sine quibus vix intelligi possent, quae hoc loco tradenda sunt.

(1) *V. Tom. II. pag.* 339. *titul. XXVIII. de integr. restitur. minor.*, *et seqq.*
(2) *V. Tom. III. pag.* 102. *cap. VI. de integr. restitut. universitat.*
(3) *Potissimum ex d. Tom. II. pag.* 339., *et seqq.*

§. 1542.

Restitutio in integrum apte definitur actio, qua petitur, ut res, vel caussa in pristinum restituatur; seu, ut scribit Paulus (1), redintegrandae rei, vel caussae actio. Actionis nomen restitutioni convenit, quatenus apud Romanos restitutio per viam

ff. l. 4. tit. 1. Cod. l. 2. tit. 42.

actionis in judicium deducebatur, cum apud eos concedi soleret a Magistratibus; hodiernis vero moribus plerumque solet impetrari a Principe, qui judici litis principalis mandat, ut inquirat, an preces veritate nitantur, seu an vere subsint caussae, quae libello supplici narratae sunt, atque, si de veritate constet, restituat.

(1) *Paul. sentent. lib. 1. tit. 7. in princ.*

§. 1543.

De in integrum restitutione majorum haec suscipimus investiganda. 1. Qui possint restitutionem petere, et adversus quos. 2. Coram quo judice, ubi, intra quod tempus restitutio petenda sit. 3. Quibus casibus, ex quibus caussis, quibus in rebus, et quo modo concedatur in integrum restitutio. 4., et postremo, qui sint effectus restitutionis in integrum.

CAPUT I.

Qui restitutionem petere possint, et adversus quos restitutio petatur.

Digest. lib. 4. tit. 1. *De integr. restitution.*
Codic. lib. 2. tit. 42. *Qui, et adversus quos in integr. restitui non possunt.*

SUMMARIA.

Restitutio in integrum competit laesis, nec non plerumque eorum successoribus universalibus. §. 1544.

Successores singulare beneficio restitutionis in integrum non utuntur, nisi ipsis cessum sit. §. 1545.

Quid de fidejussoribus defuncti, qui eidem successerint? §. 1546.

Restitutio in integrum peti potest per procuratorem speciali mandato instructum. §. 1547.

Mandatum tacitum sufficere potest ad petendam restitutionem in integrum. Quae sint taciti mandati exempla? §. 1548.

Quid si de mandato dubitetur? An quibusdam liceat sine mandato petere restitutionem? §. 1549.

Restitutio denegatur ei, qui semel repulsam passus est (nisi novae supervenerint caussae), vel qui beneficium hoc, quod obtinuerat, sponte abjecerit. §. 1550.

An restitutio competat adversus singulares successores, seu tertios bonorum possessores? An contra parentes? §. 1551., *et* 1552.

§. 1544.

Restitutionem in integrum petere possunt illi, qui laesi sunt, atquae justam impetrandi praetorii auxilii caussam habent (1): tum etiam successores universales (2); nisi, restitutione haeredi concessa, futurum sit, ut defunctus turpi quadam nota, puta ingrati animi, afficiatur; veluti si haeres minoris restitui vellet adversus donationem remuneratoriam a defuncto factam, licet de meritis ex sola defuncti confessione constet (3).

(1) *L. 1. ff. hoc tit.*

(2) *L. Non solum 6. ff. hoc tit.*

(3) *V. Tom. II.* §. 1349., *et seqq. pag.* 349., *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 27. *def.* 5.

§. 1545.

Quod pertinet ad singulares successores, alibi diximus, eos neutiquam hoc beneficio uti, ni cessum sit (1): in numerum singularium successorum referuntur donatarii etiam universales, qui nec confessionem a donatore simulate, et in fraudem factam objicere possunt (2): cessio autem ante perfectum contractum omnino fieri debet, vel saltem incontinenti, quando jus cedenti superest (3).

(1) *V. Tom. II.* §. 1553. *pag.* 413., *V. Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 27. *definit.* 3. ff. l. 4. tit. 1.
(2) *Ibid.* §. 1354., *et* 1355. Cod. l. 2.
(3) *Ibid.* §. 1356., *et* 1357. tit. 42.

§. 1546.

Fidejussores defuncti, qui eidem successerint, gaudere beneficio petendae restitutionis in integrum ex persona defuncti, cujus haereditatem consecuti sunt, nisi pro minore tamquam tali intercesserint, alibi diximus (1); cum in haeredem universa defuncti jura transeant (2); nec adversarius queri juste potest, quod fidejussoris obligatio, tamquam accessoria, principalis conditionem seqnatur (3).

(1) *V. Tom. II.* §. 1359., *et* 1360. *pag.* 351.
(2) *L. Haeredem* 59. §. *Haereditas* 62. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(3) *Cap. Accessorium* 42. *extra de reg. jur. in* 6.

§. 1547.

Per procuratorem recte implorari restitutionem in integrum, rescripsit Imperator Alexander (1); dummodo speciali mandato instructus sit, ita ut nec sufficiat mandatum generale de universis negotiis gerendis (2); quia restitutio remedium extraordinarium est, quod difficilius per alteram personam peti potest; nisi libera bonorum, et plena administratio procuratori concessa fuerit (3); quippe hic eadem facere potest, ac dominus ipse (§. 1377., et 1378.)

(1) *L. unic. cod. etiam per procurator. etc.* (2. 49.)
(2) *L. Illud nullam* 25. §. 1, *ff. de minorib.* (4. 4.)
(3) *Voet in ff. hoc tit. num.* 9. *V. Tom. II.* §. 1549. *pag.* 412.

§. 1548.

Cum mandatum speciale requirimus, non ideo tacitum excludimus; cum taciti eadem vis esse soleat, ac expressi (1); adeoque speciatim simul, et tacite mandari potest: taciti ad petendam restitutionem mandati exempla sunt in eo, qui constitutus speciatim fuerit ad redimendum fundum, et litem de eo tractandam, si aliter redimi nequeat fundus, quam petita restitutione (2); vel cui data sit facultas agendi, defendendi, et supplicandi, vel faciendi ea omnia, quae facere potest ipse mandans (3): nec non in tutoribus, curatoribus, administratoribus universitatum (4).

(1) *L. Semper* 60. *ff. de reg. jur.*
(2) *V. Tom. II.* §. 1548. *pag.* 412.
(3) *Ibid.* §. 1549., *et* 1550.
(4) *Ibid.* §. 1551., *et* 1552.

§. 1549.

Si de mandato dubitetur, praestita cautione de rato, procurator ad petendam in integrum restitutionem admittitur (1). Sed sine mandato restitutionem petere permittitur soli patri (2) in peculio profectitio, vel adventitio, non in castrensi, vel quasi (3): nisi aliud suadeat negotii communio; vel non principaliter, sed incidenter quaestio de restitutione tractetur; aut defendendo, non agendo (4).

(1) *L. Quod si* 26. *ff. de minoribus* (4. 4.)
(2) *L. Patri* 27. *ff. eod. tit.*
(3) *V. Tom. II.* §. 1553. *ad* 1555. *pag.* 413.
(4) *Ibid.* §. 1556., *et* 1557.

§. 1550.

Laeso denegatur restitutio, quam semel petiit, nec obtinuit, nisi novae supervenerint illius petendae caussae (1): quae de novo emergunt, ex vulgari axiomate novo indigent auxilio (2): vel nisi petatur ex caussa quidem vetere, sed quae tunc expressa non fuit (3). Idem dicendum, si sponte quis abjecerit beneficium restitutionis, quod obtinuerat; prout potest, invito etiam adversario (4).

ff. l. 4. tit. 1. Cod. l. 2. tit. 47.

(1) *L.* 1., *et ult. cod. si saep. in integr. restit. postul.* (2. 44.). *V. Tom. II.* §. 1558., *et* 1559. *pag.* 414.
(2) *L. De aetate* 11. §. *Ex caussa* 8. *ff. de interrog. in jur. faciend.* (11. 1.)
(3) *Argum. l. Cum quaeritur* 12., *et duabus seqq. ff. de exception. rei judicat.* (44. 2.)
(4) *D. Tom. II.* §. 1560., *et* 1561. *pag.* 414.

§. 1551.

Restitutio competit adversus laedentem, ejusque haeredes (1), nisi haeres alio, puta, emptionis titulo, non haereditario bona possideat (2); nec non adversus singulares successores, seu tertios bonorum possessores, si de minoribus agatur, dummodo cum mediate caussam habent a laeso, seu rem comparaverunt ab emptore, cui minor vendidit, conscii fuerint, rem ad minorem prius spectasse (3). Quod si de majore laeso quaesito sit, difficilius restituendus est adversus singulares successores, saltem si indemnitatem a laedente consequi possit (4).

(1) *L. Plane* 14. *ff. de minoribus* (4. 4,)
(2) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 27. *definit.* 6. *V. Tom. II.* §. 1363. *pag.* 355.
(3) *D. Tom. II.* §. 1364., *et seqq. pag.* 355.
(4) *Argum. l. In caussae cognitione* 13. §. 1. *ff. de minorib.* (4. 4.)

§. 1552.

Excipiuntur parentes, adversus quos filiis denegandam censuit Justinianus restitutionem in integrum, propter obsequium, atque pietatem parentibus praestandam (1); nisi parentes tutelam filiorum gesserint; quo casu his adversus parentes patere vult actiones omnes generatim concessas pupillis, atque minoribus ad obtinendam indemnitatem, dummodo nihil faciant, quo minuatur honor parentibus exhibendus (2): cum autem hodie nulla ex civilibus judiciis, et actionibus infamia oriatur, plerique inferunt, saltem ex enormi laesione filios adversus parentes in quacumque caussa restitui posse (3), prout jure vetere in pluribus casibus obtinebat (4).

(1) *L. ult. cod. hoc tit.*
(2) *Novell.* 155. *cap.* 1.
(3) *V. Tom. II.* §. 1374., *et* 1375. *pag.* 357.
(4) *L. Denique* 3. §. *Ergo etiam* 5. *ff. de minorib.* (4. 4.), *l. Si cum pater* 2. *cod. si advers. rem judic.* (2. 27.), *l. Si in te* 2. *cod. si advers. donat.* (2. 30.), *l. ult.* §. *Ubi autem* 6. *cod. de bon., quae liber.* (6. 61.)

CAPUT II.

De judice, loco, et tempore restitutionis in integrum.

Digest. lib. 4. tit. 1. *De in integr. restitutionib.*
Cod. lib. 2. tit. 47. *Ubi, et apud quem cognit. in integr. restit. etc.*

SUMMARIA.

Restitutio in integrum hodiernis moribus concedi solet a Principe, qui judici mandat, ut perpensis narratis caussis restituat, si verae sint, et sufficiant. §. 1553.

Quis judex competens sit in hoc argumento? §. 1554.

Locum contractus, vel judici spectandum putant aliqui quoad jura, et solemnitates, prout restitutio petitur ex caussa tempore contractus jam existente, vel post nata. §. 1555.

Distinguunt alii, an restitutio petatur adversus negotia judicialia, an personae conditio restitutioni locum faciat. §. 1556., *et* 1557.

Leges regionis servandae sunt in restitutionis controversia extra casum minoris aetatis. §. 1558. ff. l. 4. tit. 1. Cod. l. 2. tit. 47.

Restitutio in integrum intra quadriennium petenda est. A quo die quadriennium incipiat? §. 1559.

Restitutio, quae competit ex caussa doli, quadriennio juxta aliquos concluditur. §. 1560., *et* 1561.

Sentiunt alii, usque ad triginta annos peti posse restitutionem ex caussa doli, et aliis quibusdam caussis. §. 1562.

Quadriennium continuum est, postquam currere coepit, sed utile ab initio, ita ut a die tantum scientiae currat. §. 1563.

Restitutio, quae ob capitis diminutionem datur, perpetua est. §. 1564.

Quadriennium competit ad impetrandam restitutionem, licet actio principalis breviori tempore conclusa sit. §. 1565.

An quadriennium competat, cum quis jus suum amisit per supervenientem casum, cum pauci dies deessent ad praescriptionem interrumpendam? §. 1566., *et* 1567.

Restitutus actione, cujus dies expletus erat, per tot dies experiri potest, quot supererant ante impedimentum. §. 1568.

Singularibus locorum statutis longius, vel brevius tempus ad petendam restitutionem praescribi potest. §. 1569.

Restitutio juncta cum condictione, vel quae petitur ex abundanti adversus contractum ipso jure nullum, triginta annis durat. §. 1570.

§. 1553.

Restitutionem in integrum, quidquid olim jure Romano obtineret, a Principe hodiernis moribus, vel ab illis, quibus speciatim indulserit Princeps, concedi solere in negotio principali, puta adversus contractus, praescriptionem, rem judicatam, aditionem, vel repudiationem haereditatis, et similia, alibi animadvertimus; quia gratiae potius, quam justitiae existimatur restitutio; Princeps autem judici mandat, ut perpensis narratis caussis restituat, si verae sint, vel sufficere easdem censeat ad hoc beneficium concedendum (1); in incidentibus vero litis judices ipsi restituunt, veluti adversus lapsum temporis ad probandum, respondendum in judicio (2).

(1) *V. Tom. II.* §. 1587. *pag.* 423., *V. Reg. Constit. lib.* 2. *tit.* 2. *cap.* 2. §. 2., 3., *et* 4.

(2) *V. Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 28., *Voet in ff. hoc tit. num.* 3.

§. 1554.

Cum ergo restitutio quidem a Principe concedatur, caussae autem cognitio ordinario judici demandetur, si restitutio per viam actionis, seu actione instituta postuletur, caussae cognitio fieri debet a judice, cui subest reus, secundum ordinarias juris regulas, ex quibus actor rei forum sequitur (1): si vero per viam exceptionis objiciatur, judex competens ille est, qui de judicio principali cognoscit, licet primario de restitutionis caussa alias cognoscere nequeat (2), cum restitutio, utpote accessoria negotii principalis, ejus naturam sequatur (3).

(1) *L. ult. cod. ubi in rem act.* (3. 19.) *L. Quoniam* 2. *cod. hoc tit.*

(2) *L. ult. cod. hoc tit., Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 31. *defin.* 1. *V. Tom. II.* §. 1588., *et* 1589. *pag.* 423.

(3) *Cap. Accessorium* 42. *extra de reg. jur. in* 6.

§. 1555.

Si autem quaeratur, cujus loci jura, et solemnitates servari debeant in judicio restitutionis, distinguunt aliqui. Locum, quo celebratus fuit contractus, spectandum putant, si restitutio petatur ex caussa, quae jam extiterit tempore celebrati contractus (1); quia contrahentes ad hujus loci usum respexisse praesumantur (2): locum vero judicii, cum restitutio postulatur ex caussa post contractum nata (3); tamquam

ff. l. 4. tit. 1. Cod. l. 2. tit. 47. principalis quaestionis accessoria (§. 1554.): nisi forte debitor promiserit, se certa die soluturum ad domicilium creditoris, et propter moram debitoris creditor coactus fuerit eum alibi convenire (4).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib. 2. tit. 31. defin. 2.*
(2) *L. Semper in stipulationibus 34. ff. de reg. jur.* (50. 17.)
(3) *Fab. d. defin. 2. in fin.*
(4) *Fab. cod. hoc tit. defin. 3., V. Tom. II. §. 1590., et 1591. pag. 423.*

§. 1556.

Distinguunt alii, an restitutio petatur adversus negotia judicialia, veluti lapsum temporis ad probandum, respondendum, et similia, an personae conditio locum faciat restitutioni in integrum. In primo casu leges utique loci, in quo judicium vertitur, spectari debent (1); quia restitutio principalis negotii accessio est: ideoque eodem jure, ac illud regi debet, nisi culpa morosi debitoris aliud suadeat (§. praeced.)

(1) *Argum. d. l. Semper in stipulationib. 34. ff. de reg. jur.*

§. 1557.

In altero casu, quo nempe conditio personae locum facit restitutioni in integrum, puta minor aetas, existimant, non loci, ubi minor contraxit, vel negotium gessit, nec ubi restitutionis quaestio agitatur, sed domicilii leges servandas esse (1): atque probant ex eo, quod ex comitate passim obtineat, ut ex lege domicilii dijudicetur, an quis minor, vel major habeatur. Sed repugnant alii, existimantes, ex loco potius, quo agitur, vel quo celebratus fuit contractus, definiri debere, an quis pro minore, an pro majore habeatur (2).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num. 59. post init.*
(2) *V. Quae de his diximus Tom. I. pag. 133. §. 301., et seqq., Thesaur., et Fab. ibid. allegatos.*

§. 1558.

Fatentur sane omnes, extra hunc casum minoris aetatis, leges regionis, in qua gestum fuit negotium, servandas esse in definienda restitutionis controversia (1); veluti si quis ex metu, dolo, errore restitui postulet adversus contractum; sive res, de quibus celebratus est contractus, et in quibus laesio contigit, eodem in loco positae sint, sive alibi: quin intersit, an laesio circa res ipsas contigerit, an circa solemnia (2); ita tamen, ut quisque intelligatur contraxisse, ubi contractus impleri debet (3).

(1) *Argum. d. l. Semper 34. ff. de reg. jur.*
(2) *Voet in ff. hoc tit. num. ult. fer. in medio.*
(3) *L. Contraxisse 21. ff. de obligat., et actionib.* (44. 7.)

§. 1559.

Restitutionem in integrum olim intra annum utilem, hodie ex Justiniani constitutione intra quadriennium a die contractus, quo major laesus fuit, petendam esse, et litem finiendam (1) alibi diximus (2); saltem si laesionis scientia statim habita fuerit (3), nisi legitimum obstet impedimentum, veluti justa absentia, quominus restitutio imploretur, quo casu quadriennium incipit a tempore, quo impedimentum desiit (4): in militibus a die, quo missi a militia fuerint (5): militiae autem tempus subducitur, si ei quis nomen dederit intra restitutionis petendae tempora (6): vel per judicem, aut adversarium steterit, ne lis finiatur (7).

(1) *L. ult. cod. de temporib. in integr. restitut.* (2. 53.)
(2) *V. Tom. II. §. 1562., et seqq. pag. 416.*
(3) *V. infra §. 1563.*
(4) *D. l. ult. §. 1.*
(5) *L. 1. cod. eod. tit.*
(6) *L. Ex persona 4. cod. eod. tit.*
(7) *L. Intra utile 39. ff. de minorib.* (4. 4.)

§. 1560.

Excipiendam esse restitutionem, quae ex caussa doli competat, putant aliqui, eo moti fundamento, quod Justinianus quadriennium praescripserit loco anni utilis, qui prius competebat (1); ex capite autem doli jam constitutum fuerat a Constantino, ut biennium pro anno utili competeret, a die commissi doli computandum, ita ut intra illud doli actio inchoanda, et finienda esset (2). ff. l. 4. tit. 1. Cod. l. 2. tit. 47.

(1) *D. l. ult. cod. de temporib. in integr. restitut.* (2. 53.)

(2) *L. ult. cod. de dol. mal.* (2. 21.)

§. 1561.

Sed alii, atque, ut videtur, rectius defendunt, idem quadriennii tempus servandum esse in restitutione ex caussa doli, ac in caeteris; tum quia absurdum sit, restitutionem ex caussa doli nunc breviori tempore concludi, quam quae ex caussa metus, absentiae, vel ignorantiae datur; cum immo Constantinus (1) longiorem temporis moram, seu biennium pro anno utili indulgendum in hoc casu existimaverit; tum quia Justinianus verbis omnino generalibus utens (2) satis demonstrat, se quamcumque restitutionem complecti velle; licet anni utilis tantum meminerit; quippequi in caeteris restitutionum caussis, solo excepto dolo, observabatur.

(1) *D. l. ult. cod. de dol. mal.* (2. 21.)

(2) *In d. l. ult. cod. de temporibus in integr. restitut.* (2. 53.)

§. 1562.

Quinimmo probabiliter defendunt plures, ut alibi diximus (1), ultra quadriennium usque ad triginta annos durare facultatem petendae restitutionis, si dolus manifeste probetur intervenisse; non secus ac si restitutio petatur adversus sententiam notorie injustam, vel adversus actum cum gravamine quotidiano inferente praejudicium animabus, vel laesio enormissima allegetur (2). Actionem in factum ex doli caussa ad triginta annos dari sentit idem Voetius (§. 1463.), qui actionem doli intra biennium concludit (3).

(1) *V. Tom. II.* §. 1575. *pag.* 419.

(2) *Argum. cap.* 1. *extra Decret. Greg. de restitut. in integr.* (1. 41.)

(3) *Voet in ff. hoc tit. num.* 16.

§. 1563.

Quadriennium ad petendam restitutionem continuum vult esse Justinianus (1): idest continuo currere, licet deinceps ignorantia superveniat, puta in haerede (2): probabilior tamen, nec non aequior est sententia affirmantium, adhuc ab initio utile esse, seu non incipere praecise a die laesionis, sed ex quo laesionis scientia haberi coepit (3): ita ut in caussa communi scientia unius alteri non noceat; immo in individua jus scientium per ignorantes conservetur; scientia autem laesionis ab allegante probanda est (4). Non tamen ex capite ignorantiae restitutionem dari post triginta annos, ne rerum dominia perpetuo incerta sint, alibi demonstravimus (5), quamvis ultra quadriennium durare possit (§. praeced.)

(1) *D. l. ult. cod. de temporib. in integr. restitut.* (2. 53.)

(2) *Fab. cod. de temporib. in integr. restitut. lib.* 2. *tit.* 35. *def.* 3. *V. Tom. II.* §. 1564. *pag.* 417.

(3) *D. Tom. II.* §. 1565. *ad* 1567.

(4) *D. Tom. II.* §. 1568., *et* 1569.

(5) *D. Tom. II.* §. 1571. *ad* 1575.

§. 1564.

Potius perpetua, seu ad triginta annos duratura habenda est restitutio, quae ob capitis diminutionem impetratur; etenim ante Justinianum perpetuo dabatur (1); Imperator autem non coarctare, sed latius protendere voluit restitutionum tempora (2).

tit. l. 4. Inst. 1. Cod. l. 2. tit. 47.

Sane triennium quadriennio adjunxit suitatis, ut ajunt, favore idem Justinianus suo haeredi, qui postquam paterna abstinuit haereditate, suam, rebus adhuc integris, abdicationem revocare velit (3).

(1) *L. Pertinet* 2. §. *ult. ff. de capit. minut.* (4. 5.)
(2) *D. l. ult. cod. de temporib. in integr. restitut.* (2. 53)
(3) *L. ult. cod. de repudiand., vel abstinend. haeredit.* (6. 31.)

§. 1565.

Quadriennium integrum competere ad postulandam restitutionem, licet breviori temporis spatio conclusa sit actio principalis, propter quam restitutio petenda est, probabilius defenditur (1), prout jure canonico firmatum est (2); cum generalia, atque indefinita sint Justiniani verba (3).

(1) *Argum. l. Nec non* 28. §. *Si quis saepius* 3. *ff. ex quibus causs. major.* (4. 6.), *l.* 1. *cod. de restitutionib. milit.* (2. 51.)
(2) *Clementin. unic. de restit. in integr.* (1. 11.)
(3) *D. l. ult. cod. de temporib. in integr. restitut.* (2. 53.)

§. 1566.

Dissentiunt interpretes, an quadriennium dandum sit in ea specie, qua quis jus suum amiserit per supervenientem casum, veluti absentiae, aut feriarum repentinarum, seu extra ordinem indictarum, cum pauci tantum dies deessent ad praescriptionem, vel usucapionem interrumpendam (1). Aliqui sentiunt, restitutioni a laesis petendae tantum competere tot dies a finitis feriis, vel reditu, quot diebus agendi jus propter ferias, vel absentiam impeditum fuit: alii quadriennium integrum competere arbitrantur (2).

(1) *V. l. Sed, et si* 26. §. *Si feriae* 7., *et seq. ff. ex quibus causs. major.* (4. 6.)
(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 25. *fer. in medio.*

§. 1567.

Posterior sententia videtur magis consentanea aequitati; nec non juris civilis regulis. Imprimis aequitati; nam jure vetere intra annum utilem non solum petenda, sed etiam expedienda erat restitutionis caussa, nisi per adversarium, vel judicem staret, quominus lis intra id tempus finiretur (1): absurdum autem videtur, intra paucos dies peti, et finiri judicium restitutionis, quod praeviam caussae cognitionem requirit (2): praeterquamquod praetor generatim intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit, actionem se daturum pollicetur, nulla adhibita distinctione, an paucos, vel multos dies absentia, captivitas, aliaque impedimenta laeso ad agendum praeripuerint (3): cum vero quadriennium anno utili subrogatum fuerit (4), idem de eo ferendum est judicium.

(1) *L. Intra utile* 39. *ff. de minoribus* (4. 4.), *l. penult. cod. de temporibus in integr. restitut.* (2. 53.)
(2) *L. Omnes* 3. *ff. hoc tit.*
(3) *L.* 1. §. 1. *in fine ff. ex quibus causs. major.* (4. 6.)
(4) *D. l. ult. cod. de temporibus in integr. restitut.*

§. 1568.

Neque nocent Ulpiani verba ajentis, restitutionem, cum feriae tempus eximunt, dumtaxat ipsorum dierum faciendam esse, non totius temporis; atque rescissionem usucapionis ita faciendam, ut hi dies restituantur, quibus actor agere voluit, et interventu feriarum impeditus est (1): vel restitutionem unius diei faciendam esse, quoties per absentiam quis uno die aliquem exclusit (2); his enim verbis nihil aliud significat jureconsultus, quam restitutum posse actione illa, cujus dies expletus erat, experiri per tot dies, quot ante impedimentum supererant.

(1) *D. l. Sed, et si* 26. §. *Si feriae* 7. *in fin. ff. ex quibus causs. major.* (4. 6.)
(2) *D. l.* 26. §. *Quoties* 8.

§. 1569.

ff. l. 4. tit. 6. Cod. l. 2. tit. 54.

Quadriennium incipit a die laesionis (§. 1559.), nisi laesio non statim cognita fuerit (quo casu a die scientiae incipit (§. 1563.); vel aliud obstiterit impedimentum (d. §. 1559.): sed singularibus locorum statutis brevius, vel longius tempus ad petendam restitutionem praescribi potest; puta apud Sabaudos ex Fabro decennium est (1). Sed in his ulterius non immoramur, cum alibi ea fuse exposuerimus; atque simul demonstravimus, perpetuam fieri posse restitutionem ex modo, quo proponitur, scilicet per viam exceptionis (2): et quae serventur regulae, cum restitutio ab haerede petitur (3).

(1) *V. Tom. II.* §. 1577. *ad* 1580. *pag.* 420.
(2) *D. Tom. II.* §. 1576. *pag.* 420.
(3) *D. Tom. II.* §. 1581. *ad* 1586. *pag.* 421.

§. 1570.

Unum monemus, restitutiones in integrum, quae conjunctae sunt cum conditione, puta ad rescindendam venditionem ex capite enormis laesionis (1), quadriennio Justinianeo (2) non contineri; sed ad triginta annos durare (3), prout fert indoles personalium actionum (4): atque idem dicendum, si restitutio imploretur pro negotiis, quae ipso jure nulla sunt, prout alicubi usu receptum est (5) ad abundantiorem cautelam.

(1) *Ex l. Rem majoris* 2., *et l. Si voluntate* 8. *cod. de rescindend. vendit.* (4. 44.)
(2) *De qua in d. l. ult. cod. de temporib. in integr. restitut.* (2. 53.)
(3) *Fab. cod. commun. utriusq. judic. lib.* 3. *tit.* 27. *def.* 7.
(4) *L. Sicut in rem* 3. *cod. de praescript. XXX., vel XL. annor.* (7. 39.)
(5) *Voet in ff. hoc tit. num.* 20. *prop. fin.*

CAPUT III.

Quibus casibus, quibus ex caussis, quibus in rebus, et quo modo restitutio in integrum concedatur.

Digest. lib. 4. tit. 6. *Ex quib. causs. major. in integr. restitut.*
Cod. lib. 2. tit. 54. *Quib. ex causs. major. etc.*

SUMMARIA.

Restitutio denegatur, cum praesto est aliud remedium ordinarium aeque pingue. Quid si contractus ipso jure nullus sit? §. 1571., *et* 1572.

Restitutio ex modica laesione non conceditur. Quae sit modica laesio? §. 1573.

Restitutio interdum ex pluribus caussis simul junctis obtineri potest, quae seorsim sumptae non sufficerent. §. 1574.

Restitutionis caussae plures sunt, et potissimum absentia laesi, vel laedentis. §. 1575.

Absens quis in negotio restitutionis intelligatur? §. 1576., *et* 1577.

Absentia necessaria est, vel voluntaria: illa vel ex honesta caussa profluit, vel ex turpi. §. 1578.

Absentia necessaria ex honesta caussa locum facit restitutioni, cum absens laesus fuit per praesentem, vel etiam absentem. §. 1579.

Quid si absens quis fuerit ex turpi caussa? §. 1580.

Absens plerumque non habetur, qui domi procuratorem reliquit, vel facile relinquere potuit. §. 1581., *et* 1582.

Absentia adversarii, qui procuratorem reliquerit, ad restitutionem obtinendam non prodest. §. 1583.

ff. l. 4. tit. 6. Cod. l. 2. tit. 54.

Absentia voluntaria ex honesta caussa, puta studiorum, aut rei familiaris restitutioni locum facere potest. §. 1584.

Praesens contra absentem restituitur, quaecumque sit absentiae caussa. §. 1585.

Quae detur actio ad restitutionem ex caussa absentiae impetrandam? §. 1586.

Restitutio ex caussa absentiae denegatur post quadriennium, ex quo absens ad suos reversus est, vel reverti debuit. Quid si absens idem damnum licet praesens passurus fuisset? §. 1587.

Restitutio concedi solet tum in damno tum in lucro praerepto: non tamen ita, ut lucrum quis captet cum alterius damno. §. 1588., *et* 1589.

Restitutio hodie facilius concedi solet ex generali praetoris clausula, si qua alia justa caussa esse videbitur. §. 1590.

Majoribus, qui res suas, quasi ad alios spectantes, judicis etiam decreto interveniente, amiserint, restitutio facile concedenda est. §. 1591.

An restitutio facile concedi debeat creditoribus, qui in judicio concursus non steterint, et jura amiserint? §. 1592., *et* 1593.

An restitutio ex capite absentiae, vel ignorantiae adversus praescriptionem concedatur? §. 1594.

Adversus liberationem difficile quis restituitur ex eo, quod sine caussa factam asserat. §. 1595.

Minor, et rusticus facile restituuntur in judicio. §. 1596.

Laeso ex dolo suo restitutionis beneficium denegatur. §. 1597.

An restitui possint majores, qui in publicis auctionibus, nimio licitationis calore, se laesos allegent? §. 1598.

Restitutio nonnisi praevia caussae cognitione, praesentibus illis, quorum interest, adhibenda, concedi debet. §. 1599.

§. 1571.

Cum restitutio, ut saepe diximus, sit remedium extra ordinem a praetore indultum, quo laesis succurritur (1), sponte fluit, eam denegari, quoties praesto est aliud remedium ordinarium aeque pingue, atque sufficiens ad indemnitatem consequendam (2); saltem si actio, et restitutio adversus diversas personas competant (3); si enim adversus eandem personam et actio ordinaria, et restitutionis auxilium praesto sit, censuit Ulpianus, electionem pupillo tribuendam, an restitui, an ordinaria actione uti malit (4).

(1) *L.* 1. *ff. de integr. restit.* (4. 1.), *l.* 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L. In caussae cognitione* 16. *ff. de minoribus* (4. 4.)

(3) *L. Si apud minorem* 12., *l. Cum mandatu* 23. *ff. eod. tit.*

(4) *D. l.* 16. §. *Pomponius* 2.

§. 1572.

Denegatur quoque restitutionis beneficium ei, qui ipso jure tutus est (1), puta si non valeat contractus (2), quia a pupillo sine tutoris auctoritate celebratus; perperam imploratur redintegratio amissae caussae, cum integra jura sunt (3). Quamquam, ut jam animadvertimus (§. 1570.), etiam pro contractibus ipso jure nullis ex abundanti solet alicubi beneficium restitutionis in integrum implorari.

(1) *D. l. In caussae cognitione* 16. *in princip. ff. de minoribus* (4. 4.)

(2) *D. l.* 16. §. *Et generaliter* 3.

(3) *L. Adolescentiae* 2. *cod. in quibus causs. in integr. restitut. necess. non est* (2. 41.)

§. 1573.

Quod pertinet ad caussam restitutionis in integrum, imprimis notandum est, restitutionem denegari propter modicam laesionem (1); ne alioquin negotia quaelibet facile subvertantur. Quae autem laesio modica, vel magna habenda sit, dijudicandam

videtur ex qualitate negotii, in quo contingit; seu summa, de qua contractum est, prout in venditione servatur (2). ff. l. 4. tit. 6. Cod. l. 2. tit. 54.

(1) *L. Scio* 4. *ff. de in integr. restit.* (4. 1.), *l. Si quis affirmavit* 9. §. *ult. ff. de dol. mal.* (4. 3.)

(2) *L. Rem majoris* 2., *l. Si voluntate* 8. *cod. de rescindend. vendition.* (4. 44.)

§. 1574.

Ad haec fieri potest, ut plures ad restitutionem obtinendam allegentur caussae, puta dolus, metus, minor aetas, quarum singulae non sufficiunt, omnes tamen simul junctae judicis animum movere possint, ut eam concedat, prout de probationibus simul junctis supra diximus, cum tamen quaelibet per se non satis urgeat (§. 801.); potissimum quia restitutionis beneficium non nititur stricto jure, sed naturali aequitate, quae suadet, ut laesis alterius facto, vel sine culpa sua succurratur (1).

(1) *L.* 1. *ff. de in integr. restitut.* (4. 1.)

§. 1575.

Restitutionis caussae plures sunt, nimirum dolus adversarii, vis, metus, aetas, status mutatio, error, ignorantia (1), et potissimum absentia sive laesi (2), sive laedentis, adversus quem agendum fuisset (3): atque generatim. Praetor laesos se restituturum pollicetur, *si qua alia justa caussa esse videbitur*, quoad per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta Principum licebit (4): idest, si leges non prohibeant (5).

(1) *L.* 1., *et* 2. *ff. de in integr. restitut.* (4. 1.)

(2) *D. l.* 1. *in fin.*, *l.* 1. *princ.*, *et* §. 1. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Item ait* 21. §. *Haec autem* 2. *ff. hoc tit.*

(4) *D. l.* 1. §. 1. *in fin. hoc tit.*

(5) *L. Nec non* 28. §. *Quod ejus* 2. *ff. hoc tit.*

§. 1576.

Absens porro hic latissimo sensu dicitur non tantum, qui abest a provincia, sed etiam, qui abest a loco, in quo domicilium habet: immo et qui ibidem moratur, sed in vinculis est, ita ut agere, vel se defendere nequeat (1); absens quoque habetur adversarius, si latitet (2); vel frustretur, et solertia efficiat, atque tergiversatione, ne cum eo agi possit (3): vel contra quem jus dicere nolit judex (4); quia hic non strictum jus, adeoque nec stricta verborum significatio, sed aequitas inspicitur, quae laesis succurrendum suadet (§. 1574.)

(1) *L. Ait praetor* 23. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 23. §. *ult.*

(3) *L. Sed et ad eos* 24., *et l. seq. ff. hoc tit.*

(4) *L. Sed, et si* 26. *in princip. ff. hoc tit.*

§. 1577.

Restitui quis potest ex caussa absentiae, ut modo innuimus (§. praeced.), licet praesens fuerit, si abfuerit adversarius, ita ut contra eum agere nequiverit. Quare vel succurritur absenti contra praesentem, vel absenti contra absentem, vel praesenti contra absentem; sed diversae in diversis hisce casibus regulae servantur, ita ut facilius, vel difficilius restitutio in integrum concedatur.

§. 1578.

Porro absentia alia est necessaria, alia voluntaria. Necessaria absentia est illorum, qui reipublicae caussa absunt, qui in hostium potestate sunt, vel in vinculis detinentur (1). Voluntarie absunt, qui pro arbitrio adesse possunt in loco, et negotii sui caussa alibi morantur (2): quamquam voluntaria absentia, sed quae justissimam caussam habeat, puta studiorum, necessariae propemodum comparatur (3). Duplex adhuc secernitur absentiae necessariae species, quarum una ex honesta caussa profluit, puta legationis; altera ex turpi, nimirum crimine, atque ita ex turpi caussa absunt relegati, in vinculis detenti.

ff. l. 4. tit. 6. Cod. l. 2. tit. 34. (1) *V. l. Abesse* 32., *l. Qui mittuntur* 35. *princ.*, *et* §§. *seqq.*, *l. Reipublicae* 36., *et l. penult. ff. hoc tit.*

(2) *L. Inter eos* 33. §. 1., *l. Miles* 34. §. 1., *l. Non vere* 42. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Nec non* 28. *princ.*, *et* §. 1. *ff. hoc tit.*

§. 1579.

Si absens laesus fuerit per praesentem, vel etiam absentem, leges distinguunt inter absentiam necessariam ex honesta, vel turpi caussa. Absentia necessaria ex caussa honesta locum facit restitutioni (1). Necessariae autem absentiae et hic connumeratur, quae ob morbum, metum gravem (2), testimonii dicendi, vel appellandi caussa contigit (3).

(1) *L. Milites* 7., *l. Inter eos* 33. §. *ult.*, *l.* 34., *et passim ff. hoc tit.*

(2) *L. Hoc edictum* 2. §. 1., *et l. seq.*, *l. Succurritur* 9., *l. Si cui* 38. *in fin. ff. hoc tit.*

(3) *L. Sed, et si* 26. §. *ult. in fin. ff. hoc tit.*

§. 1580.

Quod si ex turpi caussa absens quis fuerit, et damnum passus, difficilius quidem conceditur restitutio, indulgetur tamen, si, caussa cognita, appareat, nullam ipsi posse imputari culpam in damno, quod passus fuit (1); nihil enim commune habet delictum, scite Ulpianus, agens de minore in exilium misso, cum venia aetatis (2); proinde nec cum indulgentia qua succurrendum ei, qui damnum sensit, nec avertere potuit.

(1) *L. Sed, et si* 26. §. 1., *l. Si qua militi* 40. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Papinianus* 20. *ff. de minorib.* (4. 4.)

§. 1581.

Non tamen absenti contra praesentem, vel absentem in hisce casibus succurritur per restitutionem in integrum, si domi reliquerit procuratorem (1); tum quia absens non judicatur, qui a presente procuratore defenditur, vel pro quo procurator agit; tum quia mandati actionem habet adversus procuratorem. Ex justa tamen caussa, puta si procurator solvendo non sit, vel culpa procuratori nequeat imputari, non tantum absenti subveniendum, ut appellare possit a sententia adversus ipsum lata (2), sed et ex aequitate restituendus (3).

(1) *L. Is, qui reipublicae* 39. *ff. hoc tit.*, *l. ult. ff. de in integr. restitut.* (4. 1.)

(2) *D. l. ult. in fin.*

(3) *L. Sed et si* 26. §. *ult. ff. hoc tit.*

§. 1582.

Idem dicendum, seu denegandam laeso restitutionem, si, cum facile posset, nullum rebus suis domi, cum abesset, praefecerit; *non enim negligentibus subvenitur*, ait Paulus, *sed necessitate rerum impeditis* (1); ideoque damnum, quod quis sua culpa sentit, sibi, et propriae negligentiae debet imputare (2). Quamquam multi casus contingere possunt, cur procuratorem abfuturus non constituerit, vel nimia festinatione negotiorum, vel quia citius se reversurum non temere sperabat: propterea judicis est aestimare, an restitutio concedenda sit, nec ne (3).

(1) *L. Non enim* 16. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Quod quis ex culpa sua damnum* 203. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) *D. l.* 16. *ff. hoc tit.*

§. 1583.

Quemadmodum abesse non intelligitur, adeoque ex caussa propriae absentiae restitui non potest, qui procuratorem domi reliquit (§. 1582.); ita nec ei prodest absentia adversarii, si constet, procuratorem ab hoc relictum fuisse (1); quia tunc laeso non defuit agendi potestas. Quare nec requiritur, ut procurator speciale mandatum habeat

pro negotio, de quo agitur; tum quia speciale mandatum non requirunt leges in procuratore absentis laesi (§. 1581); tum quia imputare sibi debet laesus, cur non egerit adversus absentis procuratorem, experturus, an absentem defenderet, nec ne (2). ff. l. 4. tit. 6. Cod. l. 2. tit. 54.

(1) *Argum. d. l. Quod si* 26. §. 1. *ff. de minorib.* (4. 4.), *l. Sed, et si* 26. §. 1. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 26. §. 1. *ff. de minorib.*

§. 1584.

Qui voluntarie abest ob injustam caussam, puta qui latitat ad fraudandos creditores, vel vagae peregrinationis caussa, restitutionis beneficio indignus est (1): si vero honesta sit absentiae caussa, puta studiorum, negotiationis vel rei familiaris, re cognita, restitui potest (2): nisi facile potuerit, et debuerit procuratorem eligere, qui rebus suis prospiceret (3).

(1) *Argum. l. Item ei* 14. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Nec non* 28. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 1. *Non enim* 16. *ff. hoc tit.*

§. 1585.

Praesenti contra absentem praetor restitutionem indulget, nulla facta distinctione, an hic voluntarie, an necessario ex honesta, vel turpi caussa absit; cum nec ipsa absentia reipublicae caussa alii damnosa esse debeat (1): nisi absens procuratorem reliquerit, vel defensor aliquis sit absentis (2), dummodo hi caveant de judicato solvendo (3).

(1) *L. Absentia* 140. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(2) *L. Item ait* 21. §. *pen.*, *et l. seqq. ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 21. §. *ult.*

§. 1586.

Ad restitutionem ex caussa absentiae impetrandam datur actio rescissoria in rem, quae publiciana etiam appellatur (1), qua rescinditur usucapio, et res amissa recuperatur (2): atque retentio, si possideat is, adversus quem res usucapta est (3). Si actio perempta fuerit, restituitur agendi jus (4).

(1) *L. Mandatum* 57. *ff. mandat.* (17. 1.), *l. In honorariis* 35. *ff. de obligat., et actionib.* (44. 7.)

(2) *L. Cum miles* 30. *ff. hoc tit.*, §. *Rursus* 5. *instit. de actionib.* (4. 6.)

(3) *L. Nec non* 28. §. *penult. ff. hoc tit.*

(4) *L. Sed et si* 26. §. *Si feriae* 7. *ff. hoc tit.*

§. 1587.

Sed denegatur ex caussa absentiae restitutio post quadriennium, ex quo quis ad suos reversus est, vel reverti debuit (1); vel si absens reipublicae caussa idem damnum, licet praesens, subiturus fuisset (2). Post reditum autem modicum tempus conceditur arbitrio praetoris, et pro rerum, atque personarum conditione, ut usucapionem interim completam interrumpere adhuc possit; nec enim cogendus, ut eodem momento, quo reversus est, coram judice agat (3).

(1) *L. ult. cod. de temporib. in integ. restitut.* (2. 53.)

(2) *L. Is, qui reipublicae* 44. *ff. hoc tit.*

(3) *L. Ab hostibus* 15. §. *ult.*, *et l. seqq. ff. hoc tit.*

§. 1588.

Sequitur disputatio de rebus, in quibus restitutio concedi solet: atque hic imprimis notandum, tum in damno dato, tum in lucro praerepto laesum, caussa cognita, restitui posse (1), puta si quis omiserit, dum absens erat, haereditatem sibi delatam; vel si militi legatum sub ea conditione relictum sit, si in Italia moraretur, nec tamen ex caussa militiae moratus fuerit (2), vel alias reipublicae caussa abfuerit, cui annuum sub hac conditione legatum (3), vel promissum fuerat (4).

ff. l. 4. tit. 6. Cod. l. 2. tit. 54.

(1) *L. et sive* 27. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Si quis Titio* 41. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Julianus* 17. §. 1. *ff. hoc tit.*
(4) *L. Si quis stipulatus* 43. *ff. hoc tit.*

§. 1589.

Non tamen restituitur, si lucrum captare velit cum alterius damno (1); quia natura aequum est, neminem cum alterius jactura locupletari (2). Quare non succurritur absenti, qui propter absentiam interruperit usucapionem, quam praesens inchoaverat (3): neque enim, scite Papinianus, intelligitur amissum, quod ablatum alteri non est (4).

(1) *L. Sciendum est* 18. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Nam hoc natura* 14. *ff. de condict. indebit.* (12. 6.)
(3) *L. Denique* 19. *ff. hoc tit.*
(4) *L. Nec utilem* 20. *ff. hoc tit.*

§. 1590.

Cum praetor, post sigillatim enumeratas plures restitutionis caussas, generalem subjecerit clausulam, qua se restituturum pollicetur, atque laesis subventurum, si qua alia ipsi justa caussa esse videbitur (1): ideoque proniores sint, si interpretibus credimus, hodierni mores ad restitutionem ex hac generali clausula indulgendam (2); plura sunt negotia, de quibus mentio non fit in Romanis legibus, quae tamen in foro restitutionis beneficio in pristinum statum reducuntur; vel saltem dubitari non immerito potest, utrum eo gaudere debeant. Praecipua summatim expendemus.

(1) *L.* 1. §. 1. *in fin. ff. hoc tit.*
(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 9.

§. 1591.

Imprimis restitutio in integrum facile concedenda est majoribus, quorum res, quasi ad alium pertinentes, judicis interveniente decreto, publice distractae fuerint, et solemniter addictae, ipsis ignorantibus, vel propter absentiam, vel propter peregrinationem (1); nisi fiscus, vel Princeps distraxerit (2); maxima quidem est hastae fiscalis fides, nec facile convellenda (3); non tamen eo usque probari debet, ut innoxius quis rerum suarum dominio privetur.

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 10. *post alios plures.*
(2) §. *ult. instit. de usucapionibus* (2. 6.), *l. ult. cod. si advers. fiscum.* (2. 37.)
(3) *L. Quaecumque* 5. *cod. de jur., et fide hastae fiscal.* (10. 3.)

§. 1592.

Plures quoque sentiunt, succurrendum esse per in integrum restitutionem creditoribus, qui publice admoniti, ut de juribus suis edocerent, cum debitor forte non esset solvendo, ideoque disputandum de praelatione creditorum, siluerint tamen; atque ideo judex pronunciaverit, eos juribus suis excidisse; si intra quadriennium (1) restitui petierint, justam allegantes ignorantiae aut impedimenti caussam (2).

(1) *L. ult. cod. de temporibus in integr. restitut.* (2. 53.)
(2) *Argum. d. l.* 1. §. 1. *in fin. ff. hoc tit., Voet in ff. hoc tit. num.* 11.

§. 1593.

Quod si judex nondum per sententiam perpetuum silentium indixerit creditoribus de jure suo minime expertis, sed tantum poenam hanc comminatus fuerit, creditores ad jus suum prosequendum, atque de praelatione disceptandum admittendi sunt, etiam sine restitutione (1); quia per sententiam, non per comminationes judicis, adimitur suum unicuique jus (2). Quae apud nos in hac re cauta sint, alibi expendimus (3).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num.* 11. *prop. fin.*
(2) *L. Rei judicatae* 2., *et passim cod. comminat., epistol., programmat. etc.* (7. 57.)
(3) *V. Tom. IX.* §. 1631., *et* 1632. *pag.* 413.

§. 1594.

An restitutio ex capite absentiae, vel ignorantiae adversus usucapionem longi, vel longissimi temporis praescriptionem concedatur, suis locis expendimus. Quae vero facultas, et quibus casibus in hac re competat apud nos judicibus sive supremis, sive inferioribus, aperte decretum est regiis sanctionibus (1). Nec revocandum arbitramur, quod de restitutione adversus aditam, vel omissam haereditatem sive à minoribus, sive a majoribus jure Romano cauta sunt, quaeque suis locis tradidimus (2). ff. l. 4. tit. 6. Cod. l. 2. tit. 54.

(1) *V. Reg. Constit. lib.* 3. *tit.* 28. §. 1., *et seqq.*

(2) *V. Tom. II.* §. 1465., *et seqq. pag.* 386., *et Tom. VII.* §. 1170., *et seqq.*

§. 1595.

Adversus liberationem ei factam, cui alimenta, nullo jure debita, praestita fuerint, restitutionem in integrum non dari eo solo praetextu, quod liberatio sine caussa facta sit, recte tradit Faber (1): liberatio valet saltem in vim pacti; dummodo consulto facta appareat (2); neque facile datur restitutio ad repetendum, quod ex caussa pietatis solutum est, puta pauperibus (3); laesus vix videri potest, qui officium pietatis implevit; adeoque nonnisi ex magna caussa restituendus est.

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 36. *definit.* 4.

(2) *L. Donari* 82. *ff. de R. J.* (50. 17.)

(3) *L. Cum is* 32. §. *Mulier* 2. *ff. de condiction. indebit.* (12. 6.), *Fab. cod. qui, et adversus quos in integr. restit. non poss. lib.* 2. *tit.* 27. *def.* 4.

§. 1596.

Facilius restituitur minor, vel rusticus, quid aliquod in judicio confessus fuerit, vel judicis sententiae acquieverit, sive solus, sive praesente procuratore (1); cum enim hisce personis jus ignorare permissum sit, seu juris ignorantia non imputetur (2), potiori ratione succurrendum est, si facto erraverint, quod prudentissimos quosque fallit (3).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 2. *tit.* 36. *definit.* 3.

(2) *L. Regula est* 9. *in princ. ff. de jur., et fact. ignorant.* (22. 6.)

(3) *L. In omni parte* 2. *ff. eod. tit.*

§. 1597.

Vix monendum putamus, denegari restitutionem ei, qui dolo suo laesus est, puta tempus frustratus sit, quia vellet apud alium judicem agere, vel temere judicem recusaverit (1): delinquentes praetoris beneficio indigni sunt, utique in delicto, non in caeteris, quae cum delicto nihil commune habent (2).

(1) *L. Sed, et si* 26. §. *Et adjicitur* 6. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Papinianus* 20. *ff. de minoribus.* (4. 4.)

§. 1598.

Neque restituendos plerique putant majores, qui in publicis auctionibus se nimio licitationis calore abreptos allegent, ideoque laesos in emptione, vel conductione (1); non enim excusanda videtur temeritas, et calor inconsultus; nec facile retractari ea, quae sub hasta publica gesta sunt, patitur fides hastae fiscalis (2).

(1) *Anton. Matthaeus de auctionibus lib.* 2. *cap.* 11. *num. ult.*

(2) *L. Quaecumque* 5. *cod. de fid., et jur. hast. fiscal.* (10. 3.)

§. 1599.

Postremo ad modum indulgendae restitutionis in integrum pertinet diligens caussae cognitio a judice adhibenda, ut innotescat, an vera, an falsa sint, quae allegantur argumenta (1); atque judicium, praesentibus illis, quorum interest, agendum est, nisi vocati per contumaciam adesse nolint (2); ut omnes, de quorum re agitur, jura sua allegare possint (3). Sed haec superius expendimus (4). Quare ad restitutionis in integrum effectus explicandos progredimur.

(1) *L. Omnes* 3. *ff. de in integr. restitut.* (4. 1.)

ff. l. 4. tit. 1. Cod. l. 2. tit. 48.

(2) *L. in caussae cognitione* 13. *de minorib* (4. 4.)
(3) *L. De unoquoque* 47. *ff. de re judicat.* (42. 1.)
(4) *V. Tom. II. pag.* 410. §. 1543. *ad* 1546.

CAPUT IV.

De effectibus restitutionis in integrum.

Digest. lib. 4. tit. 1. *De in integr. restitutionib.*
Codic. lib. 2. tit. 48. *De reputationib., quae fiunt in judic. in integr. restit.*

SUMMARIA.

Parciores sunt petitae restitutionis, quam impetratae effectus. Quandonam judicium restitutionis pendere videatur? §. 1600., *et* 1601.

Restitutione impetrata, omnia in pristinum statum reduci debent. §. 1602.

An restitutione obtenta contra sententiam, haec vires amittat etiam quoad impetrantem ipsum? §. 1603., *et* 1604.

Restitutio socio concessa non prodest alteri in re dividua. §. 1605.

An fidejussoribus prosit restitutio per debitorem impetrata? §. 1606.

Possessores bonorum conveniri non possunt jure Romano, nisi prius contractus cum principali celebratus rescissus fuerit: nisi fraudis illi participes sint. §. 1607., *et* 1608.

Judicii rescindentis, et rescissorii cumulatio alicubi admittitur, ita ut simul agatur adversus auctorem, et tertios possessores. §. 1609.

Quid si emptor in jus vocatus venire noluerit, et contumax sit? §. 1610.

Possessor cogi potest, ut judicio assistat, quamvis laesus rescindente tantum judicio adversus emptorem agat. §. 1611.

Restitutio strictam recipit interpretationem, nec a sorte ad usuras trahitur. §. 1612.

Restitutione impetrata invitus nemo uti cogitur. §. 1613.

§. 1600.

Quamquam potiores longe sunt restitutionis impetratae effectus, nonnullos tamen habet restitutio jam petita, licet ne dum impetrata. Petitae restitutionis is est effectus, ut interim sive contractus, sive sententia in eodem statu relinquantur, donec de restitutione definitum fuerit (1); saltem si laesio facile probari possit; nec alter contrahens satisdationem offerat; atque interim executionem petat (2): quam tamen propria auctoritate facere non potest (3).

(1) *L. unic. cod. in integr. restitut. postul., ne quid nov. fiat* (2. 50.), *l. Si caussa cognita* 32. *cod. de transactionib.* (2. 4.)
(2) *V. Tom. II. pag.* 427. §. 1596. *ad* 1598.
(3) *D. Tom. II.* §. 1599., *et* 1600.

§. 1601.

Cum vero contrariorum, seu correlativorum ex vulgato axiomate eadem conditio esse debeat (1), si unus contrahens executionem placiti postulet, non obstante restitutionis coepto judicio, alter quoque implementum jure petit, puta pretium rei venditae (2). Porro judicium restitutionis pendere judicatur, statim ac restitutio petita est, licet nec dum contestatio secuta sit, aut libellus Principi oblatus (3).

(1) *L. Cum te fundum* 6. *cod. de pact inter emptor., et venditor.* (4. 55.)
(2) *L. Ex empto* 11. §. *ult., l. Bona fides* 50. *ff. de actionib. empt.* (19. 1.). *V. d. Tom. II. pag.* 428. §. 1601.
(3) *D. Tom. II.* §. 1602. *pag.* 428.

§. 1602.

Plenior est effectus obtentae. restitutionis; hac quippe impetrata, omnia in pristinum statum, quoad fieri potest, reducenda sunt ex parte tum actoris, tum rei (1); idest tum actor, tum reus recuperant jura, quae competebant propter negotium, in quo alter restitutus fuit (2) una cum fructibus (3). ff. l. 4. tit. 1. Cod. l 2. til. 48.

(1) *L. unic. cod. hoc tit.*, *l. Quod si minor* 24. §. *pen. ff. de minorib.* (4. 4.)

(2) *D. Tom. II. pag.* 428. §. 1603. *ad* 1606.

(3) *V. d. Tom. II.* §. 1608., *et seqq.*, *ubi latius regulam. hanc, ejusque consectaria explicavimus.*

§. 1603.

Sed dubitari potest, utrum restitutione adversus sententiam impetrata, haec vires amittat, quatenus noxia est illi, contra quem restitutio impetrata fuit: atque hic distinguendum est, an sententia unum caput contineat, vel plura quidem, sed invicem connexa, ita ut separari non possint: an vero diversa sint ejusdem sententiae capita invicem disjuncta, et separata. In prima specie restitutio omnia in pristinum statum revocat etiam favore adversarii (1); ut per se patet; vel enim omnia restaurari debent, vel nulla ex pluribus capitibus, quae separationem non recipiunt.

(1) *L. ult. cod. si advers. transaction.* (2. 32.), *l. unic. cod. hoc tit.*

§. 1604.

In altera specie, qua ejusdem sententiae plura capita invicem connexa non sunt, unum caput rescindi potest per restitutionem in integrum, firmis manentibus caeteris (1); neque enim utile per inutile, cui non cohaeret, vitiari, sinunt jura (2). Quo fundamento recte scripsit Celsus, restituta minori directa tutelae actione, non ideo contrariam tutori restitui (3).

(1) *L. Etiamsi patre* 29. §. 1. *ff. de minorib.* (4. 4.)

(2) *L. Si stipulatus* 4. *ff. de usu* (22. 1.), *l. Si quando* 109. *ff. de legat.* 1. (30. 1)

(3) *L. Cum minor* 28. *ff. de minorib.* (4. 4.)

§. 1605.

Igitur restitutio omnia in pristinum reducit, quoad contrahentes ipsos; quoad alios vero, idest rem communem habentes cum eo, qui restitutus est, restitutio uni concessa socio prodest, si res individua sit (1), non si dividua (2), ut alibi diximus (3).

(1) *Argum. l. 1. cod. si unus ex plurib. appellaverit* (7. 68.)

(2) *L. unic. cod. si in commun., eademque causs. etc.* (2. 26.)

(3) *V. Tom. II. pag.* 431. §. 1616. *ad* 1622.

§. 1606.

Fidejussores neutiquam juvari restitutione minori concessa, si fidejusserint, tamquam pro minore, nisi alter contrahens in dolo sit, utique vero, si tamquam pro majore intercesserint, suo loco demonstravimus (1); atque simul expendimus, an, et quatenus fidejussori nocere possit restitutio minori circumvento indulta in mandati actione (2).

(1) *D. Tom. II. pag.* 433. §. 1623. *et seqq.*

(2) *Ibid.* §. 1628. *pag.* 409.

§. 1607.

Quod pertinet ad tertios possessores bonorum, quae venditor, puta, per restitutionem in integrum recuperare contendit, si quaestio ex jure Romano dijudicetur, cum actio, quae per restitutionem in integrum datur ad rescindendum contractum, personalis sit, aeque ac illa, quae descendit ex contractu, quia eadem est distractus, ac contractus ratio (1), adeoque fundi possessorem non sequatur (2), imprimis omnino per restitutionem rescindendus est contractus, priusquam possessor rei vindicatione conveniatur (3): maxime quia possessor multa ignorare potest, quae obstent petitae restitutioni, ei, qui contraxit, facile cognita.

ff. l. 4. tit. 1. Cod. l. 2. tit 48.

(1) *L. Pomponius* 13. §. *Praeterea* 2. *ff. de acquir. possess.* (41. 2.)
(2) *L.* 1. §. *Si haeres* 16. *ff. ad S. C. Trebellian.* (36. 1.)
(3) *L. In caussae cognitione* 13. §. 1. *in med. ff. de minoribus* (4. 4.), *Fab. cod. de ordin. judicior. lib.* 3. *tit.* 7. *def.* 3. *in princip.*

§. 1608.

Exceptionem admittit Faber in eo casu, quo tertius possessor fraudis particeps sit, vel ex quacumque alia caussa malam fidem contraxerit (1): vel quo agatur de restitutione ex caussa metus (2): cum haec in rem scripta sit (3); adeoque in quemlibet possessorem recta proponi potest (4).

(1) *D. l. In caussae cognitione* 13. §. 1. *in fine ff. de minoribus* (4. 4.)
(2) *Fab. cod. d. lib.* 3. *tit.* 7. *d. definit.* 3. *num.* 4., et 5.
(3) *L. Metum autem* 9. §. *Volenti* 4. *ff. quod. met. caussa* (4. 2.)
(4) §. 1. *instit. de actionib.* (4. 6.)

§. 1609.

Nostris tamen, subjicit idem Faber, et Galliae moribus receptum est, ut utraque cognito eodem judicio expediatur; seu rescindentis, ut ajunt, et rescissorii judicii cumulatio admissa (1); non solum ab initio, sed etiam ex post facto (2); proinde uno judicio agi potest contra emptorem fundi, et contra possessorem; ita tamen ut prius contra emptorem, quam contra possessorem agatur: quamquam, licet prius contra possessorem actum sit, non ideo expensae refundendae sunt, dummodo deinceps emptor conveniatur, atque ita prius judicium nullo jure coeptum confirmetur (3). Haec autem actionum cumulatio merito recepta fuit, ut lites citius finiantur, atque levioribus impensis peragantur.

(1) *Fab. cod. de ordin. judicior. lib.* 3. *tit.* 7. *d. def.* 3. *num.* 7.
(2) *Fab. ibid. allegat.* 8. *in fin.* ✠
(3) *Fab. d. definit.* 3. *num.* 8. *in corp.*, *et d. allegat.* 8. ✠

§. 1610.

Sed quid, si emptor in jus vocatus venire noluerit? Cum contumax pro praesente habeatur (1), condemnandus ipse est, nec non tertius possessor, nisi legitimis definitionibus sive propriis, sive ex emptoris persona mutuatis litem instruat; etenim in restitutionis caussa non secus ac in aliis, ferri potest sententia contra contumacem nulla etiam praecedente litis contestatione (2); quoties id, quod petitur, tale est, ut parti praesenti non possit aliunde consuli per missionem ex primo, vel secundo decreto (3).

(1) *Auth. Qua in provincia versic. Sed si nec ipse, post l. ult. cod. ubi de criminibus agi oport.* (3. 15.)
(2) *L. In caussae cognitione* 13. *in fin. princip. ff. de minorib.* (4. 4.)
(3) *Fab. cod. de ordin. jud. lib.* 3. *tit.* 7. *d. def.* 3. *in fin.*

§. 1611.

Quinimmo, licet laesus rescindente tantum judicio adversus emptorem agat, non rescissorio adversus possessorem, hunc cogere potest, ut judicio assistat; non praecise, ut defendere cogatur; sed ne deinceps objicere possit, collusum fuisse inter laesum, et emptorem, atque hoc praetextu executionem judicati recusare (1); quamquam collusio non praesumitur, sed ab allegante probanda est (2); atque sufficit, actum fuisse cum legitimo contradictore (3).

(1) *Fab. cod. eod. tit. de ordin. judic. lib.* 3. *tit.* 7. *defin.* 4., *l. Etiam si patre* 29. §. *ult. in fin. ff. de minorib.* (4. 4.)
(2) *L. Quoties operae* 18. §. 1. *ff. de probationib.* (22. 3.)
(3) *L. Si ideo* 55. *in fin. princip. ff. de evictionib.* (21. 2.)

§. 1612.

Duo in hac re pro coronide animadvertenda putamus. Imprimis restitutio strictam recipit interpretationem; ita ut ad ea tantummodo producatur, quae concessione ex-

plicite continentur; puta ad usuras, licet quis in pecunia mutuo accepta restitutus proponatur (1); quamquam usurae mutui accessiones sint; quia nempe restitutio non supponit contractum ab initio irritum fuisse, sed ex aequitate rescindit (2): aequitas autem forte non ita favet usurarum restitutioni, ac sortis.

Inst. l. 4. tit. 15. ff. l. 43. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 1.

(1) *L. ult. §. ult. ff. de condic. indeb.* (12. 6.)
(2) *V. Tom. II. pag.* 426. §. 1592., *et seqq.*

§. 1613.

Alterum est, posse eum, qui restitutionem petiit, a coepta prosecutione desistere (1); atque ei renunciare non tantum verbis, sed etiam factis, quae cum restitutione in integrum conciliari nequeant (2). Immo ex Juliani sententia potest non uti restitutione; qui eam jam impetravit; nec justam habet conquerendi caussam adversarius, cum ipsius favore concessa non fuerit restitutio (3). Plane impensas ei restitui aequum est.

(1) *L. Papinianus* 20. §. 1. *ff. de minorib.* (4. 4.)
(2) *L. Si filius* 30. *ff. eod. tit.*
(3) *L. Si judex* 41. *ff. eod. tit.*

TITULUS XXX.

De interdictis.

Instit. lib. 4. tit. 15.
Digest. lib. 43. tit. 1. } *De interdictis.*
Cod. lib. 8. tit. 1.

SUMMARIA.

Interdicta unde appellata sint, et quo fine inducta? §. 1614.

Per interdicta agitur de jure possessionis; atque possessorio, ut ajunt, judicio. §. 1615.

Interdicta aliquando simul cum actione dantur. §. 1616.

Quaedam interdicta caussam proprietatis continent: quare judex de possessione pronunciare non potest, priusquam constet de jure proprietatis. §. 1617.

Jure novo, sublatis solemnibus interdictorum formulis, extraordinariis actionibus ex caussa interdictorum agitur. §. 1618.

Cur titulus digestorum inscriptus sit de interdictis, sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt? §. 1619.

Interdictis agitur de possessione rerum corporalium, ex quasi possessione rerum incorporalium, seu jurium. §. 1620.

Quaedam sunt interdicta de rebus divinis, alia de rebus humanis, quae vel nullius sunt, vel privati, aut publici juris. §. 1621.

Alia sunt interdicta in praesens, alia in praeteritum: quaedam perpetua, duplicia, vel simplicia. §. 1622.

Dividuntur quoque interdicta in noxalia, et directa: prohibitoria, restitutoria, exhibitoria, et mixta: tum in adipiscendae, retinendae, vel recuperandae possessionis comparata. §. 1623.

Quae sint interdicta prohibitoria, restitutoria, exhibitoria? §. 1624.

Quae sint interdicta adipiscendae, retinendae, vel recuperandae possessionis? §. 1625.

Quo sensu Paulus dixerit, quaedam esse interdicta duplicia tam adipiscendae, quam recuperandae possessionis? §. 1626.

Inst. l. 4. tit. 15. ff. l. 43. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 1.

In quibusdam interdictis non statim apparet, quis actor, vel reus sit. §. 1628.

Judicium petitorium de proprietate in subsidium conjungi potest cum interdicto adipiscendae, vel recuperandae possessionis, non autem retinendae. §. 1629., *et* 1630.

Petitorium, et possessorium potest una sententia definiri, cum utroque simul actum est. §. 1631.

Cur interdictum adipiscendae possessionis cum vindicatione cumulari possit? An, et quatenus judex laicus de possessione beneficii cognoscere possit? §. 1632.

Possessorium plenum, sive plenarium est, aliud momentaneum. §. 1633.

Interdicto retinendae possessionis de dominio incidenter agi potest ad confortandum possessorium. §. 1634.

Possessio momentanea ei adjudicatur, quem possidere constat: si dubium sit jus, possessio aliquando sequestratur. §. 1635.

Possessionis quaestio extincta judicatur, si litigantes petitorii caussam attigerint, nec protestati sint, roborandi possessorii gratia id fecisse. §. 1636.

Ad interdictum retinendae possessionis transire potest, qui coepit rem vindicare. §. 1637.

Interdicta non modo rem principalem afficiunt, sed etiam illius accessiones. §. 1638., *et* 1639.

§. 1614.

Interdicta ita appellata sunt vel ab interdicendo, seu prohibendo, vel ex eo, quod inter duos dicuntur (1); quatenus verba praetoris in interdictis ad duos litigantes referuntur, non ad judicem, prout olim actionum formula dirigebatur, vel, ut alii malunt, *ab interim dicendo*, quia per interdicta praetor non decernit, quod perpetuam habeat vim, sed quod servandum interim sit, seu quis rem, de qua quaeritur, interim possidere debeat, donec quaestio de proprietate definita fuerit (2): ne litigantes ad arma prosiliant, propter commoda possessionis, atque illud praecipuum, ex quo onus probandi incumbit ei, qui non possidet (3).

(1) §. 1. *in fin. institut. hoc tit.*

(2) *L. penult. cod. hoc tit.*

(3) *L. Nemo* 126. §. *ult.*, *l. In pari caussa* 128. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1615.

Igitur interdicta in eo ab actionibus differunt, quod per actiones disceptatur de caussa proprietatis; de jure autem possessionis per interdicta; quippe proprietatis caussa a caussa possessionis diversa est (1). Cum de possessione agitur, possessorio judicio agi, ajunt pragmatici; petitorio, cum de proprietate; in caussa proprietatis quis contendit rem suam esse; in caussa possessionis, suam esse possessionem (2).

(1) *L. Naturaliter* 12. §. 1. *ff. de acquirend. possession.* (41. 2.)

(2) *L.* 1. §. *Est igitur* 4. *ff. uti possidetis* (43. 17.)

§. 1616.

Quaedam tamen olim erant negotia, pro quibus tum actio, tum interdictum pro laesi arbitrio competebat, veluti ne quis via publica aliquem prohibeat (2): vi dejecto de possessione competit non tantum interdictum unde vi, sed etiam condictio furtiva (2). Atque ideo interdicti actionem reddi, ut quis restituat, quod precario habet, scribit Paulus; cum et civilis actio hujus rei nomine competat, quemadmodum in commodato (3).

(1) *Paul. receptar. sentent. lib.* 5. *tit.* 6. §. *Ut interdictum* 2.

(2) *L. Verum est* 25. §. 1. *ff. de furt.* (47. 2.)

(3) *Paul. d. lib.* 5. *tit.* §. 6. *Redditur interdicti* 10.

§. 1617.

Immo, licet interdictis plerumque de sola possessione agatur, salva manente controversia proprietatis, aliquando tamen talis est natura negotii, de quo contenditur,

ut simul de proprietate quaerendum sit, nec praetor pronunciare debeat de possessione, priusquam de jure proprietatis constet: quia nimirum interdicta haec proprietatis caussam, seu rei persecutionem continent (1). In hunc numerum referuntur interdicta de itinere, actuque privato (2); de aqua ex publico castello, seu divídiculo ducenda (3), de locis sacris, et religiosis (4). Inst. l. 4. tit. 15. ff. l. 43. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 1.

(1) *L. Interdictum* 2. §. *Quaedam interdicta* 2. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 2. §. 2., *L. Inde etiam* 3. §. *Hoc autem* 13. *ff. de itiner., actuq. privat.* (43. 19.)

(3) *L.* 1. §. *ult. ff. de aqua quotidian. et aestiv.* (43. 20.)

(4) *D. l.* 2. *ff. hoc tit.*

§. 1618.

Interdicta, ait Justinianus, *erant formae, atque conceptiones verborum, quibus praetor aut jubebat aliquid fieri, aut prohibebat, quod tunc maxime fiebat, cum de possessione, aut quasi possessione inter aliquos contendebatur* (1). Interdicta erant solemnes formulae; nimirum praetor formulam dabat, et judicem, qui de facto cognosceret, puta in interdicto uti possidetis hanc dabat, aut similem formulam: *Uti nunc possidetis eum fundum, de quo agitur, quem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto* (2). Praeteriti temporis verbo utitur Justinianus; etenim novo jure, sublatis solemnibus interdictorum formulis, extraordinariis actionibus ex caussa interdictorum agitur, perinde ac si utilis actio ex caussa interdicti reddita sit (3).

(1) *Princip. instit. hoc tit.*

(2) *L.* 1. *in princ. ff. uti possidetis* (43. 17.)

(3) §. *ult. instit. hoc tit.*

§. 1619.

Non ergo interdicta sublata sunt, sed solemnes formulae, atque actio extra ordinem loco interdicti redditur (1): quo fundamento, idest tum vetere, tum novo jure inspecto, Tribonianus titulum hunc digestorum inscripsit: *de interdictis, sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt.* Quare sufficit hodie, si actor factum simpliciter narret, atque utilem in factum actionem ad instar interdicti proponat (2).

(1) *D.* §. *ult. institut. hoc tit.*

(2) *L. Vi pulsos* 2., *l. Si de possessione* 4. *cod. unde vi* (8. 4.)

§. 1620.

Subjicit Justinianus, solemnibus formulis olim praetorem jussisse, vel prohibuisse, *maxime cum de possessione, vel quasi possessione inter aliquos contendebatur* (1); quibus verbis significat, quaedam esse interdicta, in quibus etiam de proprietate agitur, quae modo retulimus (§. 1617.): possessio autem est rerum corporalium, quasi possessio incorporalium, nempe servitutum, in quibus usus pro possessione est (2). Hinc interdicta recte definiuntur actiones de possessione, vel quasi possessione.

(1) *D. princip. institut. hoc tit.*

(2) *L. Sequitur* 4. §. *Si viam* 27. *ff. de usurpationib., et usucapion.* (41. 3.)

§. 1621.

Hisce praemissis, diversa interdictorum genera explicanda sunt. Multiplex interdictorum divisio proponitur a jureconsultis. Quaedam interdicta sunt, ait Ulpianus (1), de rebus divinis, veluti de locis sacris, et religiosis: quaedam de rebus humanis, hae autem vel sunt nullius, nimirum liberi homines, de quibus exhibendis agitur: vel alicujus; sive publicae, pro quibus comparata sunt interdicta de viis, et fluminibus publicis; sive privatae, et singulorum, universales, vel singulares; de universalibus exemplum est in interdicto *quorum bonorum* (2); de singularibus in interdicto *uti possidetis* (3).

Inst. l. 4. tit. 15. ff. l. 43. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 1.

(1) *L. 1. ff. hoc tit.*
(2) *Digest. lib. 43. tit. 2.*
(3) *D. l. 1. in princ. ff. hoc tit.*

§. 1622.

Praeterea ex interdictis, subjicit Ulpianus, alia in praesens, alia in praeteritum tempus referuntur: in praesens, veluti interdictum *uti possidetis*; in praeteritum de itinere, et actu (1): quaedam annalia sunt, quaedam perpetua (2). Hisce speciebus alias adjungunt Paulus, et Justinianus, nimirum duplicia, et simplicia (3): duplicia sunt illa, in quibus uterque simul actor, et reus est, veluti *utrubi*, atque *uti possidetis* (4). Simplicia dicuntur ea, in quibus apparet, quis actoris, aut rei partibus fungatur, qualia sunt omnia exhibitoria, et restitutoria: actor is est, qui rem restitui, vel exhiberi desiderat; reus, a quo restitutio, vel exhibitio postulatur (5).

(1) *D. l. 1. §. Interdictorum 2. ff. hoc tit.*
(2) *D. l. 1. §. ult.*
(3) *L. Interdictorum 2. in princ. ff. hoc tit. §. penult. institut. hoc tit.*
(4) *D. §. penult. in fin.*
(5) *D. §. penult. in princip.*

§. 1623.

Ad haec quaedam interdicta sunt noxalia, quaedam non noxalia: noxalia appellantur, quae dantur ob eorum delictum, quos in potestate habemus, caetera dicuntur non noxalia, seu directa (1). Sed praecipuae interdictorum divisiones duae sunt; nimirum in prohibitoria, restitutoria, et exhibitoria (2), quibus et adjungi possunt mixta, partim prohibitoria, et partim exhibitoria (3): tum in interdicta adipiscendae, retinendae, vel recuperandae possessionis comparata (4).

(1) *L. ult ff. hoc tit.*
(2) *§. 1. institut. hoc tit.*
(3) *L. 1. §. 1. ff. hoc tit.*
(4) *§. Sequens divisio 2. inst. hoc tit.*

§. 1624.

Prohibitoria interdicta sunt illa, quibus praetor aliquid fieri vetat; qualia sunt uti possidetis, quo prohibet, ne vis fiat ei, qui nec vi, nec clam, nec precario possidet: de mortuo inferendo, ne quid in loco sacro aedificetur, ut in flumine publico, ripave ejus fiat, quo pejus navigetur (1). Restitutoria sunt interdicta, quibus praetor aliquid restitui jubet, qualia sunt interdicta, quorum bonorum, et unde vi (2): exhibitoriis praetor jubet aliquid exhiberi, puta tabulas testamenti (3).

(1) *D. §. 1. in princ. instit. hoc tit.*
(2) *D. §. 1. in med. instit. hoc tit.*
(3) *Digest. lib. 43. tit. 5. est de tabulis exhibendi.*

§. 1625.

Interdicta adipiscendae possessionis sunt illa, quibus petimus possessionem, quam nondum habuimus; inter haec numerantur interdicta quorum bonorum, quod legatorum; et salvianum de pignoribus, et hypothecis (1). Retinendae possessionis caussa comparata sunt interdicta uti possidetis, et utrubi, quibus tuemur possessionem, quam habemus (2). Demum interdictis recuperandae possessionis id agimus, ut recuperemus possessionem, quam amisimus; ad quod comparatum est interdictum unde vi (3). Haec autem suis locis fusius explicabimus.

(1) *§. Adipiscendae 3. instit. hoc tit., l. Interdictorum 2. §. ult. ff. hoc tit.*
(2) *§. Retinendae 4. institut. hoc tit., l. 2. §. ult. in fin.*
(3) *§. Recuperandae 6. institut. hoc tit., d. l. 2. §. ult. prop. fin.*

§. 1626.

Dissentiunt interpretes in explicanda Pauli sententia, ajentis, postquam proposuit tres interdictorum species adipiscendae, retinendae, et recuperandae possessionis, quaedam esse interdicta duplicia, tam recuperandae, quam adipiscendae possessionis (1). Sunt, qui haec verba ex Pauli responso tollunt; quia nullatenus fieri possit, ut quis simul utatur utroque interdicto; cum interdictum recuperandae possessionis illi competat, qui possessionem habuit, sed amisit; adipiscendae vero illi, qui nunquam possedit (§. praeced.) Inst. l. 4. tit. 15. ff. l. 43. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 1.

(1) *D. l. interdictorum* 2. §. *ult. in fin. ff. hoc tit.*

§. 1627.

Verum, cum ab emendatione legum abstinendum sit, nisi cogat necessitas, quae hic nulla est, dicendum potius, Paulum his verbis significasse, non idem interdictum simul esse recuperandae, et adipiscendae possessionis, sed aliquando eadem interdicta ad recuperandam, aliquando ad adipiscendam possessionem moveri posse; veluti interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem mittitur (1): quo sensu dixit Ulpianus, interdictum praetoris de ventre in possesionem mittendo prohibitorium, et restitutorium esse (2): prohibitorium ab initio, quatenus datur ad possessionem adipiscendam, restitutorium, si in possessionem a praetore missus vi dejiciatur.

(1) *L.* 1. §. *Haec actio* 3. *ff. ne vis fiat ei etc.* (43. 4.)

(2) *L. penult. ff. eod. tit.*

§. 1628.

Alio quoque sensu explicari possunt Pauli verba (1); nimirum ut significent, non tantum interdicta retinendae possessionis duplicia esse posse, quatenus uterque et actor, et reus videtur, sed etiam recuperandae, et adipiscendae possessionis, si non satis appareat, quis actor, vel reus sit; prout contingere potest in interdicto *unde vi* recuperandae possessionis, si quis alterum dejecerit de possessione fundi, atque dejiciens incontinenti dejectus fuerit (2).

(1) *In d. l. Interdictorum* 2. §. *ult. in fin ff. hoc tit*

(2) *L. Quod est* 3. §. *Eum igitur* 9. *ff. de vi, et vi armdt.* (43. 16.)

§. 1629.

Quemadmodum usu fori ex canonici juris praescripto receptum est, ut plures actiones uno libello cumulari possint (§. 339.), ita quamvis caussa possessionis diversa sit a caussa proprietatis (1), obtinuit (2), ut petitoriam de proprietate simul conjungi possit cum possessorio adipiscendae, vel recuperandae possessionis (3): non principaliter, sed in subsidium cumulata proprietatis caussa cum caussa possessionis, si forte actor in possessorio succumbat. Nec justam habet reus conquerendi caussam, cum possessorium petitorio non praejudicet, sed potius inserviat (4).

(1) *L. Naturaliter* 12. §. 1. *ff. de acquirend. possession.* (41. 2.)

(2) *Voet in ff. hoc tit. num.* 5., *Fab. cod. de ordin. judicior. lib.* 3. *tit.* 7. *def.* 1. *in princip.*

(3) *Cap. Pastoralis* 5. *extra Decret. Greg. caus. de possession., et proprietat.* (2. 12.), *Ab-Eccles. observ.* 198. *num.* 12., *et* 13.

(4) *L. penult. cod. hoc tit.*

§. 1630.

Aliud dicendum de interdicto retinendae possessionis; nimirum cum petitorio, puta rei vindicatione, conjungi non posse (1); quia utriusque judicii natura repugnat; etenim interdicto retinendae possessionis agens petit se retineri in possessione, quam allegat se habere (2): vindicatione autem agit, qui non possidet, adversus possidentem (3). Atque hinc in jure canonico proponitur quidem cumulatio petitorii, et possessorii adipiscendae, vel recuperandae possessionis, non vero retinendae (4). Nisi Princeps ita

Inst. l. 4. tit. 15. ff. l. 43. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 1. indulgeat, cum factae jam sunt probationes super petitorio, vel in promptu sunt, potissimum in rebus incorporalibus, seu juribus (5).

(1) *Voet in ff. hoc tit. num. 6. in princip.*
(2) §. *Retinendae 4. instit. hoc tit.*
(3) *D. cap. Pastoralis 5. extra Decret. Greg. de causs. possession., et proprietat.* (2. 12.)
(4) *Cap. Cum dilectus 6. extra Decret. Greg. eodem tit.*
(5) *Ab-Ecclesia observat. 198. in fin.*

§. 1631

Equidem idem Innocentius III. alibi generatim probare videtur cumulationem petitorii, et possessorii (1): verum generalis sententia ad eos casus coerceri debet, qui contradictionem non involvunt, prout involvit cumulatio petitorii cum interdicto retinendae possessionis (§. praec.): tum maxime, quia in textu, qui objicitur, quaestio haec ex proposito non tractatur, sed alia; nempe an petitorium, et possessorium una sententia debeant definiri, cum utroque simul est actum (2).

(1) *Cap. Cum dilectus 6. extra Decret. Greg. de causs. possess., et proprietat* (2. 12)
(2) *D. cap. 6. de causs. etc.*

§. 1632.

Ergo agens interdicto adipiscendae possessionis cumulare potest vindicationem (§. 1629.): ideo forte, ait Faber, quod multo incivilius sit, possessionem nullo jure adipisci, quam adeptam retinere, vel amissam recuperare: atque ideo hoc interdictum petitorii magis, quam possessorii naturam sapere judicatur (1). An judex laicus de possessione beneficii cognoscere possit, quocumque agatur interdicto, tractat idem Faber ex Senatus Sabaudi praxi (2), cui non omnino consentire Pedemontanum refert Thesaurus (3). Sed de his videnda, quae posterius acta sunt (4). Judicis laici nomine soli intelliguntur supremi Magistratus (5).

(1) *Fab. cod. de ordin. judicior. lib. 3. tit. 7. d. def. 1. num. 2., et 3.*
(2) *Fab. ibid. num. 4., et seqq.*
(3) *Thesaur. decis. 82. V. et Ab-Eccles. observat. 181., et seqq.*
(4) *V. Instruct. S. P. Benedicti XIV. ann. 1742., Pratic. legal. part. 2. Tom. III. pag. 206., et seqq.*
(5) *Reg. Constit. in prooem. §. 8. V. Edict. Caroli Emanuel. I. 12. Novembr. 1583. pen. Borel. pag. 427., et seqq.*

§. 1633.

Duplex autem, ut obiter cum eodem Fabro dicamus, esse potest cognitio de possessione beneficii: una plenior quam idcirco pleni, vel plenarii possessorii vocant pragmatici, altera momentanea (1). Si cognitio plenarii possessorii cito expediri nonpossit, prout plerumque altiores, et longiores requirit indagines, momentanea possessio definitur, atque pronunciatur pro eo, qui jus magis coloratum, seu apparens habet (2); quia publice interest, ne beneficia diutius vacent. Quod si nec de eo in promptu appareat, sequestratio decernitur apud Oeconomum, per quem res administrentur, et divino cultui prospiciatur, atque deinceps de pleno possessionis jure tractatur, nisi ab alterutra parte novi tituli proferantur (3).

(1) *Fab. cod. de ordin. judic. lib. 3. tit. 7. def. 2. in princ.*
(2) *Argum. l. Carbonianum 3. §. Caussae cognitio 4. ff. de Carbonian. edict.* (37. 10.), *Fab. d. def. 2. num. 3.*
(3) *Fab. d. def. 2. prop. fin.*

§. 1634.

Nihil tamen impedit, quominus in hoc retinendae possessionis interdicto quaestio proprietatis cumuletur, si adversarius consentiat; cum immo de dominio incidenter agi possit, dummodo fiat non tam ad cumulandum, quam ad colorandum, et confortandum possessorium,

ut ajunt pragmatici (1); tum quia aliquando possessionis probationes utrinque aequales sunt; tum quia, caeteris paribus, etiam in possessorio vincere debet, qui potiora in petitorio jura habet (2). Inst. l. 4. tit. 15. ff. l. 43. tit. 1. Cod. l. 8. tit. 1.

(1) *Fab. cod. uti possidetis lib.* 8. *tit.* 4. *defin.* 1. *in princip.*, *et def.* 3., *et unde vi lib.* 8. *tit.* 3. *def.* 39.

(2) *Argum. l. ult. cod. hoc tit.*, *Fab. d. defin.* 3. *in fin.*

§. 1635.

Quid ergo, si alter ex litigantibus fateatur, adversarium possidere, sed alleget possessionem vi adeptam, clandestinam, aut precariam, ac proinde vitiosam (1)? Momentaneae possessionis commodum ei adjudicandum est, quem constat possidere; quia in dubio quisque praesumitur jure possidere, et suo nomine potius, quam alieno (2). Quod si omnino obscura sint litigantium jura, et tumultus periculum sit, possessio sequestranda est; atque prohibendum sub poena litigatoribus, ne ad possessionem accedant (3).

(1) *L.* 1. *princip.*, *et* §. *ult. ff. uti possidet.* (43. 17.)

(2) *Fab. cod. uti possidet. lib.* 8. *tit.* 4. *d. def.* 1. *num.* 4., *et seqq.*

(3) *Fab. cod. de ord. judic. lib.* 3. *tit.* 7. *def.* 9.

§. 1636.

Quia autem petitorium cum possessorio retinendae possessionis cumulari non potest (§. 1630.), nisi ad possessorium roborandum (§. 1631.), inde colligit Faber, si litigantes petitorii caussam attigerint, nec protestati sint, quod roborandi potius, quam absorbendi possessorii caussa id fecerint (cum protestatio jus protestantis conservet (1)), possessionis quaestionem finitam, aut verius extinctam esse; atque de sola proprietate pronunciandum esse, nisi velit actor judicium vindicationis omittere, vel differre (2), prout potest (3).

(1) *L. Pro haerede* 20. §. 1. *ff. de acquirend. haeredit.* (29. 2.)

(2) *Fab. cod. de ordin. judic. lib* 3. *tit.* 7. *definit.* 4. *in corp. et allegat. ult.*

(3) *L. Naturaliter* 12. §. 1. *ff. de acquirend. possession.* (41. 2.)

§. 1637.

Sane fatentur omnes, eum, qui coepit rem vindicare, posse, mutato consilio, ad promptius retinendae possessionis interdictum transire (1); quia nulla hic est contradictio, prout in cumulatione (§. 1630.); neque desunt alia similia in jure exempla: sic ille, qui actione publiciana prius usus est, vindicationem deinceps, publiciana praetermissa, movere potest, si validioribus argumentis instructus sit ad jus dominii probandum (2).

(1) *D. l. Naturaliter* 12. §. 1. *ff. de acquirend. possession.* (41. 2.)

(2) *V. supra* §. 470.

§. 1638.

Interdictorum effectus is est, ut non modo rem principalem afficiant, sed et illius accessiones, seu fructus, a die quidem redditi interdicti, non retro (1): excepto interdicto *unde vi*, in quo fructus a die dejectionis restitui debent (2); quod dejicientis odio constitutum est.

(1) *L. In interdictis* 3. *ff. hoc tit.*

(2) *L.* 1. §. *Ex die* 40. *ff. de vi, et vi armat* (43. 16.)

§. 1639.

Hisce generatim praelibatis, singulae interdictorum species a Pandectarum compilationibus expositae expendendae sunt, sed summatim eae potissimum, de quibus jam se se obtulit agendi occasio; ne rem actam agere videamur.

Inst. l. 4. tit. 15. ff. l. 43. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 2.

TITULUS XXXI.

Quorum bonorum, seu de interdicto quorum bonorum, quod legatorum, et de tabulis exhibendis.

Instit. lib. 4. tit. 15. *De interdictis.*
Diges. lib. 43. tit. 2. } *Quor. bonor.*
Cod. lib. 8. tit. 2. }

SUMMARIA.

Interdictum quorum bonorum competit illis, quibus bonorum possessio a praetore data est adversus eos, qui pro haerede, vel pro possessore res haereditarias tenent. §. 1640., *et* 1641.

Interdictum hoc non datur adversus titulo singulari possidentes, aliosque similes §. 1642.

Debitores haereditarii hoc interdicto conveniri non possunt. §. 1643.

Adipiscendae possessionis est interdictum quorum bonorum, atque abusive restitutorium dicitur. §. 1644.

Quibus competat interdictum quod legatorum, et adversus quos. §. 1645., *et* 1646.

Quid si dubitetur, utrum quis possideat pro haerede, vel pro possessore, an legati nomine. §. 1647.

De rebus etiam incorporalibus competit interdictum quod legatorum. §. 1648.

Quid petatur per hoc interdictum? §. 1649.

Regula, qua traditur, dolo facere eum, qui id petit, quod statim restituturus est, ad judicia possessoria non pertinet. §. 1650.

Legatarius furto, vel vi apprehendens rei legatae possessionem jure legati excidit. §. 1651.

Quibus casibus denegetur interdictum quod legatorum? §. 1652.

Tabulae testamenti exhibendae sunt, licet irritum dicatur testamentum, dummodo perfectum sit quoad declarationem voluntatis. §. 1653.

Interdictum de tabulis exhibendis competit illis, quibus aliquid in testamento adscriptum est adversus eos, qui tabulas detinent. §. 1654., *et* 1655.

Tabulae testamenti apud judicem exhibentur. Quid si possessor ex justa, vel injusta caussa eas exhibere detrectet. §. 1656., *et* 1657.

Quo differat interdictum de tabulis exhibendis ab actione ad exhibendum? §. 1658.

Quid sit interdictum de libero nomine exhibendo? §. 1659.

Interdictum de liberis exhibendis competit patri adversus eos, qui liberos invitos detinent. §. 1660., *et* 1661.

Quid si filius a nemine detineatur, sed ipse apud patrem manere nolit. Quid de filia alteri nupta? §. 1662.

Quid si filius impubes sit? Quid si pater puellam immature velit nuptui collocare? §. 1663.

§. 1640.

Interdictum *quorum bonorum* ita dictum a primis praetorii edictis verbis (1); non secus ac alia, quod legatorum, unde vi, uti possidetis, competit illis, quibus a praetore data est bonorum possessio (2), seu haereditas, bonorum tamen possessio dicta, quia haereditas est nomen juris civilis, quam praetor ex Romanorum subtilitate dare non potest, quamquam, exitu inspecto, idem emolumentum parit possessio bonorum praetoria, ac civilis haereditas (3): immo posterius placuit, vetere subtilitate explosa, etiam haeredibus civilibus interdictum hoc accommodare (4).

(1) *L.* 1. *in princip. ff. hoc tit*
(2) *D. l.* 1. *in princip.*
(3) *Princip., et* §. 1. *instit. de bonor. possessionib.* (3. 10.)
(4) *L.* 1. *cod. hoc tit.*

Inst. l. 4. tit. 15. ff. l. 43. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 2.

§. 1641.

Datur hoc interdictum adversus eos, qui sive pro haerede, sive pro possessore (1) res ejus tenent, de cujus successione agitur (2), quemadmodum petitio haereditatis (3); vel qui dolo malo possidere desierunt (4); dolus quippe efficit, ut semper possidere intelligantur (5).

(1) *Quis pro haerede, vel pro possessore possideat. V. l. Pro haerede* 11. *ff. de haereditat. petit.* (5. 3.)
(2) *L.* 1. *ff. hoc tit., l. Si ex edicto* 2. *cod. hoc tit.*
(3) *L. Regulariter* 9. *ff. de haeredit. petit.*
(4) *D. l.* 2. *in fin. cod. hoc tit.*
(5) *L. Qui dolo* 131., *l. Parem esse* 150. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

§. 1642.

Sed contra eos, qui singulari titulo possident, dari non videtur hoc interdictum (1); nisi forte nullus sit titulus (2); neque contra haeredes scriptos testamento, quod nullo patenti vitio laboret (3); neque adversus illos, qui rerum dominium incontinenti probare parati sunt (4).

(1) *L.* 1. §. 1. *ff. hoc tit.*
(2) *Argum. l. Nec ullam* 13. §. 1. *ff. de haeredit. petition.* (5. 3.)
(3) *Voet in ff. hoc tit. num.* 1. *prop. fin.*
(4) *Argum. l. ult. prop. fin. cod. de edict. D. Adrian. tollend.* (6. 33.), *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 1. *def. unic.*

§. 1643.

Hinc etiam denegatur interdictum quorum bonorum adversus debitores haereditarios; quia, ut ait Ulpianus, soli corporum possessores hoc interdicto tenentur (1); sive allodialium, sive feudalium (2): contra quam servatur in petitione haereditatis; qua debitores haereditarii conveniri possunt, utpote possessores jurium, quae per eam petuntur (3).

(1) *L. ult. ff. hoc tit.*
(2) *Feudor. lib.* 2. *tit.* 26. §. 1.
(3) *L. Nec ullam* 13. §. *ult., l. Si debitor* 42. *ff. de haereditat. petit.* (5. 3.)

§. 1644.

Interdictum quorum bonorum est adipiscendae possessionis (1): atque abusive restitutorium dicitur ab Ulpiano (2); cum bonorum possessor nunquam habuerit possessionem: quamquam restituendi, vel reddendi verbum improprie etiam dandi significationem habere potest (3). Sed satis de his, quae alibi fusius explicavimus, et simul expendimus, quae pertinent ad edictum D. Adriani tollendum (4).

(1) §. 1. *instit. hoc tit.*
(2) *In l.* 1. §. 1. *ff. hoc tit.*
(3) *L. Verbum reddendi* 94. *ff. de V. S.* (50. 16.)
(4) *V. Tom. VII. pag.* 171. §. 684. *et seqq.*

§. 1645.

Interdictum *quod legatorum* datur haeredi, vel bonorum possessori (1), eorumque haeredibus (2), qui cautionem offerunt legatorum, aut fideicommissorum singularium nomine de illis restituendis, adversus legatarios, qui sine haeredis voluntate res legatas occupaverint (3), licet et ipsi haeredes sint, si jure legati utantur (4); immo et adversus eos, qui a legatariis rem consecuti sunt (5).

Inst. l. 4. tit. 15. ff. l. 43. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 2.

(1) *L.* 1. §. *Et continet* 2. *ff. quod legator.* (43. 3.)
(2) *D. l.* 1. §. *Hoc interdictum* 3.
(3) *L.* 1. §. 2. *ff. eod. tit.*, *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 2. *def.* 1.
(4) *D. l.* 1. §. *Qui vero* 6.
(5) *D. l.* 1. §. *Legatorum* 10., *et* §. *Illud tenendum* 13. *ff. hoc tit.*

§. 1646.

Non tamen datur hoc interdictum adversus mulierem, quae propria auctoritate occupaverit rem sibi legatam, et antea pro dote obligatam cum clausula constituti (1): sicuti nec adversus donatarium, qui mortis caussa donatione possideat; cum possessio ex voluntate testatoris in ipsum translata sit: salva utique est haeredi Falcidia (2).

(1) *Fab. cod. hoc tit. lib.* 8. *tit.* 2. *definit.* 2., *V. Tom. VII.* §. 1628. *pag.* 411.
(2) *L.* 1. §. *Si quis ex mortis* 5. *ff. hoc tit. quod legator.* (43. 3.)

§. 1647.

In dubio, an quis possideat pro haerede, vel pro possessore, an legati nomine, censet post Arrianum Ulpianus, tum petitionem haereditatis, tum interdictum quod legatorum dandum haeredi esse (1): sentiunt alii interdictum quorum bonorum potius, quam haereditatis petitionem dandam esse; cum haereditatis petitio ad proprietatem pertineat (2), hoc vero, prout in caeteris interdictis (3), de possessione disceptetur (§. 1645.)

(1) *D. l.* 1. §. *Quia autem* 4. *ff. hoc tit. quod legator.* (43. 3.)
(2) *L. Licet minimam* 10. §. 1. *ff. de haeredit. petit.* (5. 3.)
(3) *Princip.*, *et* §. 1. *instit. hoc tit.*

§. 1648.

Nihil interest in hoc argumento, an legatarius rem corporalem, an incorporalem sine haeredis voluntate occupaverit, puta usumfructum, vel servitutem (1); cum jura, licet possessione proprie dicta teneri nequeant, attamen quasi possideri intelligantur per usum unius, et patientiam alterius (2).

(1) *D. l.* 1. §. *Unde* 8. *ff. quod legat.* (43. 3.)
(2) *L. Sequitur* 4. §. *Si viam* 27. *ff. de usurpat. et usucapionib.* (41. 3.)

§. 1649.

Interdicto quod legatorum petit haeres, vel bonorum possessor, ut sibi restituantur res, quas legatarii sine voluntate sua occuparunt (1); vel etiam ex voluntate alterius, sed tempore inhabili, videlicet ante aditam haereditatem, vel agnitam bonorum possessionem (2). In id vero, quod interest, condemnantur legatarii, si restituere nolint, aut ex facto suo non possint, quia dolo malo possidere desierint (3).

(1) *D. l.* 1. §. *Et continet* 2. *ff. quod leg.*
(2) *D. l.* 1. §. *Quod ait* 11. *ff. eod. tit.*
(3) *D. l.* 1. §. *Quod ait praetor* 7. *et l. seq.*, §. *Ex hoc interdicto* 2. *ff. eod. tit.*

§. 1650.

Si quis objiciat, culpandum haeredem esse, qui id petit, quod statim restituturus est (1), in promptu est responsio duplex. Imprimis defendi potest, regulam hanc ad petitoria quidem judicia pertinere, non vero ad possessoria, in quibus non jus, sed factum spectatur: atque, data etiam hujus regulae vi in interdictis, incertum initio est utrum res legatario restituenda sit, propter aes alienum; quod saepe latet, et an saltem integra restitui debeat, propter Falcidiam, qua legata minuuntur (2).

(1) *L. Dolo facit* 8. *ff. de dol. mal.*, *et met. exception.* (44. 4.)
(2) *L.* 1. *in princip. ff. ad leg. Falcid.* (35. 2.)

§. 1651.

Caeterum in hac re distinguendum est, an legatarius sine haeredis voluntate vacuam rei legatae possessionem occupaverit, an furto, vel vi apprehenderit. In priore

specie jus consequendi legati retinet, quatenus patitur Falcidia haeredi debita (1): in altera legati jure omnino privatur (2). Inst. l. 4. tit. 15. ff. l. 43. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 2.

(1) *L.* 1. §. *Et continet* 2. *in fine ff. quod legat.* (43. 3.)

(2) *L. Non est dubium* 5. *cod. de legat.* (6. 37.), §. 1. *instit. de vi bonor. raptor.* (4. 2.)

§. 1652.

Cessat interdictum quod legatorum, si haeredi nulla debeatur quarta Falcidia, veluti si agatur de legatis piis (1); cessante legis ratione (2), nec ei locus fit haeredis favore, si idoneam de legatis restituendis cautionem praestare detrectet (3).

(1) *V. Tom. VIII.* §. 600., *et seqq. pag.* 151.

(2) *Argum. l.* 1. §. *Si quis* 5., *et seq. ff. quod. leg.*

(3) *D. l.* 1. §. *penult. ff. eod. tit.*

§. 1653.

Hisce interdictis proximum est aliud, quod de tabulis exhibendis appellatur; quo scilicet petitur, ut tabulae testamenti, vel alterius cujuscumque supremae voluntatis exhibeantur, seu proferantur (1); ut cognoscere possint haeredes, et legatarii, quid in illis cautum sit. Nec refert, quod nullum, atque irritum dicatur testamentum (2); dummodo quoad voluntatis declarationem perfectum sit (3); quia scire praestat, quae testamento continentur, antequam de illius viribus disceptetur.

(1) *L.* 1. *princ.*, *et* §§. *seqq. ff. de tabul. exhibend.* (43. 5.)

(2) *L.* 1. §. *Hoc interdictum* 2. §. *Sed et si* 7., *et seqq. ff. eod. tit.*

(3) *L. Si quis legatum* 6. *ff. ad leg. Cornel. de fals.* (48. 10.)

§. 1654.

Competit hoc interdictum illis, quorum interest testamenti tabulas exhiberi, seu quibus aliquid adscriptum est in testamento (1); saltem praestito jurejurando calumniae (2); nisi ex probabili caussa a judice remittatur: adeoque haeredibus tum primis, tum secundis, seu substitutis (3), nec non legatariis, atque fideicommissariis (4).

(1) *L. Locum* 3. §. *Solent* 10. *ff. de tabul. exhibend.* (43. 5.)

(2) *L. penult. cod. quemadmod. testament. aperiant.* (6. 32.)

(3) *D. l.* 3. §. *Quare* 12., *l. unic. cod. eod. tit.* (8. 7.)

(4) *D. l.* 3. §. *Et si legatum* 13., *et seqq.*

§. 1655.

Interdicto de tabulis exhibendis conveniuntur, quicumque tabulas detinent, etiam depositi, aut custodiae caussa (1); vel dolo malo possidere desierunt (2); cum dolus pro possessione in jure habeatur; ne alioquin quis ex dolo suo liberationem consequatur.

(1) *D. l. Locum* 3. §. *Si tabulae* 2. *et seq. ff. de tabul. exhibend.* (43. 5.)

(2) *D. l.* 3. §. *Si quis dolo* 6., *et l. penult. ff. eod. tit.*

§. 1656.

Petitur hoc interdicto, ut tabulae testamenti exhibeantur, seu potestas fiat legendi, et describendi, quae in illis disposita sunt (1), et quidem apud magistratum, vel judicem (2): quod si tabularum possessor exhibere detrectet ex juxta caussa, puta ne secreta patrimonii pandantur, judex decernere potest, ut a viris probis, atque honestis legantur; relaturis, quod interesse potest ejus, qui exhibitionem postulat (3).

(1) *D. l. Locum* 3. §. *Quid sit* 8. *ff. de tabul. exhibend.* (43. 5.)

(2) *D. l.* 3. *Exhibere* 9.

(3) *L. Testamenti* 2. *cod. quemadmod. testament. aperiant.* (6. 32.)

§. 1657.

Quod si perperam exhibere tabulas quis recuset, condemnatur in id, quod interest actoris, idest haeredis, vel legatarii (1): id autem, quod interest, testibus, aliisve argumentis probandum est, vel per jusjurandum in litem actoris, si aliae omnes probationes deficiant (2): sibi imputet reus damnum, quod ex culpa sua forte sentit (3).

Inst. l. 4. tit. 15. ff. l. 43. tit. 2. Cod. l. 8. tit. 2.

(1) *D. l. Locum* 3. §. *Condemnatio* 11. *et seqq. ff. de tabul. exhibend.* (43. 5.)
(2) *L. Sive nostrum* 2. §. 1. *ff. de in litem jurand.* (12. 3.)
(3) *L. Quod quis ex culpa sua damnum* 203. *ff. de reg. jur.*

§. 1658.

Interdictum de tabulis exhibendis in pluribus differt ab actione ad exhibendum: videlicet interdicto agitur de possessione, actione vero ad exhibendum de rei proprietate; atque hinc per actionem petimus exhiberi res, quae nostrae sunt, mox illas vindicaturi (1); per interdictum res etiam alienae petuntur exhiberi, puta tabulae testamenti, in quibus legatum nobis relictúm sit (2).

(1) *L.* 1., *et* 2. *ff. ad exhibend.* (10. 4.)
(2) *D. l. Locum* 3. §. *Solent* 10. *ff. de tabul. exhibend.* (43. 5.)

§. 1659.

Interdictum de libero homine exhibendo (1) non tantum datur ei, cujus interest, sed et cuivis e populo propter favorem libertatis (2), contra eum, qui liberum hominem detinet dolo malo, et sine justa caussa (3): si justa subsit caussa, vel si consentiat ille, qui detinetur, interdicto locus non est, nisi calliditate circumventus, seductus, vel importune sollicitatus sine probabili ratione in sui detentionem consentiat (4). Sed haec vix conveniunt hodiernis moribus.

(1) *De quo agitur in Pandect. lib.* 43. *tit.* 29.
(2) *L. Quod et lex Favia* 3. §. *hoc interdictum* 9. *ff. eod. tit.*
(3) *D. l.* 3. §. 1., *et seqq.*, *l. ult. princip.*, *et* §. *seqq. ff. eod. tit.*
(4) *D. l.* 3. §. *Si quis volentem* 5.

§. 1660.

Ab hoc interdicto parum distat aliud de liberis, seu filiis exhibendis, quod pro fundamento habet jus patriae potestatis, atque competit patri, non matri (1) adversus eos, qui liberos detinent, dummodo constet eos esse filios, atque in potestate constitutos (2), ut filius exhibeatur; atque ne vis fiat patri, quominus possit filium exhibitum abducere (3).

(1) *L.* 1. §. 1. *ff. de liber. exhibend.* (43. 30.)
(2) *D. l.* 1. §. *Pari modo* 4., *l.* 1. *cod. eod. tit.* (8. 8.)
(3) *L.* 1., *l. Deinde* 3. *ff. eod. tit.*

§. 1661.

Sed et denegatur hoc interdictum, quemadmodum et aliud de libero homine exhibendo (§. 1659.), si filius volens apud alium sit; quia, ut eleganter animadvertit Venulejus, magis hoc casu apud se, quam apud alium est, cum liberam habeat abeundi, et permanendi potestatem (1), nisi forte dolo, aut calliditate circumventus probetur filius (2).

(1) *L. ult. ff. de liber. exhibend.* (43. 30.)
(2) *Argum. l. Quod et lex Flavia* 3. §. *Si quis volentem* 5. *ff. de liber. homin. exhibend.* (43. 29.)

§. 1662.

Si filius a nemine detineatur, sed ipse apud patrem manere nolit, huic interdicto locus non est, sed extra ordinem inquirere debet judex, an filius in potestate sit, et an justam habeat seorsim a patre habitandi caussam, veluti ob mores patris (1). Plane nemo dubitat, quominus denegandum sit hoc interdictum patri, qui exhiberi postulet filiam alteri nuptam (2); cum immo hoc interdicto conveniri a genero possit (3).

(1) *L. Denique* 3. *Hoc autem* 3., *et penult. ff. de liber. exhibend.* (43. 30.)
(2) *L.* 1. §. *ult. ff. eod. tit.*
(3) *L. Imo magis* 2. *ff. eod. tit.*

§. 1663.

Cum autem pater potestatem suam acerbe exercere nequeat (1), si filius impubes sit, praetor ex justa caussa decernere potest, ut interim filius, donec pubes fiat, apud virum probum maneat (2); vel apud matrem (3). Ex quo aliqui inferunt, puellam, quam pater immature velit nuptui collocare, apud consanguineos maternae lineae collocandam, donec maturior aetas eligendi mariti facultatem praebeat (4).

Inst. l. 4. tit. 15. ff. l. 43. tit. 6. Cod. l. 8. tit. 1.

(1) *L.* 1. §. *ult. ff. de liber. exhibend.* (43. 30.)
(2) *L. Denique* 3. §. *Julianus* 4. *ff. eod. tit.*
(3) *L.* 1. §. *Si vero* 3. *ff. eod. tit.*
(4) *Voet in ff. eod. tit. num. ult.*

TITULUS XXXII.

Ne quid in loco sacro, publico, vel itinere fiat. De superficiebus. De itinere, actuque privato; de aqua quotidiana, et aestiva, rivis, fonte, et cloacis.

Instit. lib. 4. tit. 15. *De interdictis.*
Digest. lib. 43. tit. 6. *Ne quid in loc. sacro.*
Cod. lib. 8. tit. 1. *De interdict.*

SUMMARIA.

In loco sacro, sancto, aut religioso nihil fieri potest, quod incommodum, vel deformitatem afferat. §. 1664.

Quae caveantur interdicto, ne quid in loco publico, vel itinere fiat. Quae sint locorum publicorum diversae species? §. 1665., *et* 1666.

Quid sit superficies, et qui superficiarii nomine intelligantur? §. 1667.

Superficiarius ampliore jure gaudet, quam colonus, et inquilinus. §. 1668.

Interdictum de itinere, actuque privato duplex est: primum de eo utendo, alterum de reficiendo, atque hoc tantum competit, si jus reficiendi probetur. §. 1669., *et* 1670.

Cur possessio non sufficiat, ut quis iter privatum reficere, domino invito possit? §. 1671.

Reficere est ad pristinam formam reducere, nihilo immutato. An pontis constructio permittatur? §. 1672.

Aqua quotidiana dicitur, quam hyberno, et aestivo tempore ducere licet: aestiva, cujus ductus aestate tantum competit. §. 1673.

Quae requirantur, ut competat interdictum de aqua quotidiana, et aestiva? §. 1674.

Aestas, et hyems incipiunt ab aequinoctio autumnali, et verno. §. 1675.

Interdictum de aqua ex castello ducenda non datur, nisi jus legitime acquisitum probetur. §. 1676.

Jus habens ducendae aquae quotidianae, vel aestivae rivos, specus, incilia, et septa reficere potest. §. 1677.

Quid rivi, specus, incilis, et septi nomine veniat? §. 1678.

Quibus competat interdictum de rivis, et similibus reficiendis? §. 1679.

Quae sint interdicta de fonte, lacu, puteo, et piscina: atque de his reficiendis? §. 1680., *et* 1681.

De cloacis duplex interdictum proposuit praetor: ne quid fiat, vel immittatur, quo cloacae usus deterior fiat: tum ne vis fiat, cloacam reficere, vel purgare volenti. §. 1682., *et* 1683.

Inst. l. 4. tit. 15. ff. l. 43. tit. 6. Cod. l. 8. tit. 1. *Cloacam purgare, et reficere praetor permittit ei, qui vi, clam, aut precario ab adversario possidet, ex caussa publicae utilitatis.* §. 1684.

Cloacae nomine quid veniat? §. 1685.

Hodiernis moribus fere conveniunt, quae de cloacis jure Romano constituta sunt. §. 1686.

§. 1664.

Praetor interdicto, ne quid in loco sacro fiat, prohibet, ne quis in loco sacro aliquid faciat, vel immittat, quod incommodum, vel deformitatem afferat (1); quemadmodum nec in loco sancto, aut religioso (2); cum illa in Principis dominio esse censeantur (3); haec violari non sinat pietas.

(1) *L. 1. §. Quod ait 2. ff. hoc tit.*
(2) *L. In muris 2. ff. hoc tit.*
(3) *L. ult. ff. hoc tit.*

§. 1665.

Affine huic est interdictum, ne quid in loco publico, vel itinere fiat. Loca publica sunt, quorum proprietas est totius reipublicae, usus omnium, qui ex illa sunt. Viae quoque aliae publicae sunt, aliae privatae, vel vicinales, de quibus alibi diximus, non secus ac de fluminibus, eorumque ripis; quae ideo prolixius hoc loco tractanda non putamus (1).

(1) *V. Tom. III. §. 31., et seqq. pag.* 14.

§. 1666.

Cum autem rebus publicis uti cuivis ex populo licere debeat, praetor proposuit interdicta de locis, et itineribus publicis, et ne quid in loco publico, vel itinere fiat (1), de loco publico fruendo (2); de via publica, et si quid in ea factum esse dicetur (3). De fluminibus, ne quid in flumine publico, ripave ejus fiat, quo pejus navigetur (4); aut quo aliter aqua fluat, atque priore aestate fluxit (5); ut in flumine publico navigare liceat, et de ripa munienda (6). Quod si quis viam publicam reficere velit, praetor ei vim fieri vetat, dummodo sub refectionis specie eam non corrumpat, vel viciuis damnum inferat (7).

(1) *Digest. lib.* 43. *tit.* 7., *et* 8.
(2) *Digest. lib.* 43. *tit.* 9.
(3) *Digest. lib.* 43. *tit.* 10.
(4) *Digest. lib.* 43. *tit.* 12.
(5) *Digest. lib.* 43. *tit.* 13.
(6) *Digest. lib.* 43. *tit.* 14., *et* 15.
(7) *L. 1. in princip., et §. penult., l. ult. ff. de via public., et itiner. public. reficiend.* (43. 11.)

§. 1667.

Interdicta, quae modo exposuimus, ad res publicas pertinent; alia quoque proposuit praetor de rebus privatis, atque illud imprimis de superficiebus. Superficiei nomine id omne in jure venit, quod supra solum est, veluti arbores, plantae, et potissimum aedificia. Superficiarius autem appellatur is, qui arbores, vel aedificia in alieno solo, consentiente domino, posuit (1), atque ea lege, ut illis in perpetuum, vel ad longum tempus uti frui possit, soluta utique annua quadam pensione, prout convenerit (2).

(1) *L. 1. §. 1. ff. de superficiebus* (43. 18.)
(2) *L. 1. §. Quod ait 3. ff. cod. tit. de superfic.*

§. 1668.

Superficiarius in pluribus quidem colono, et inquilino similis videtur, quatenus fructus percipit, certa pensione soluta (§. praeced.); sed ampliore jure gaudet, cum et ad longius tempus re utatur, fruatur (1), atque illud donare, et legare potest (2). Quod si in sua possessione turbetur, praetor ei succurrit, atque vim ei fieri vetat, quominus superficie fruatur (3).

(1) *L.* 1. §. *Quod ait* 3. *ff. de superficieb.* (43. 18.)
(2) *D. l.* 1. §. *Sed et tradi* 7.
(3) *D. l.* 1. *in princip.*

Inst. l. 4. tit. 15. ff. l. 43. tit. 6. Cod. l. 8. tit. 1.

§. 1669.

Interdictum de itinere, actuque privato, quod ad tuendas tantummodo servitutes rusticas pertinet (1), duplex a praetore proponitur. Primum est de itinere, actuque privato utendo competens tum proprietario, tum usufructuario praedii rustici (2), qui hoc anno retro a tempore interdicti computando usus sit itinere, actuque privato nec vi, nec clam, nec precario (3), saltem per triginta dies, licet tempore interdicti usus non sit, cum itineribus, vel via non semper utamur (4). Nec interest, an jure, an injuria quis ierit, vel egerit; non enim hic de jure, sed de possessione quaeritur, prout et in caeteris interdictis (5): atque sufficit probare alterutrum, videlicet itinere, vel actu, quem usum fuisse (6).

(1) *L.* 1. §. 1. *ff. de itiner., actuq. privat.* (43. 19.)
(2) *L. Inde etiam* 3. §. *Idem Julianus* 5. *ff. eod. tit.*
(3) *L.* 1. *in princip., et* §. *Annum* 3. *ff. eod. tit.*
(4) *D. l.* 1. §. *Hoc interdicto* 2.
(5) *D. l.* 1. §. 2., *junct. princip. institut. hoc tit.*
(6) *D. l.* 1. §. *Si quis hoc interdicto* 4.

§. 1670.

Alterum interdictum est de itinere, actuque privato reficiendo, seu quo praetor vim fieri vetat ei, qui hoc anno itinere, actuque privato nec vi, nec clam, nec precario usus est, si iter, vel actum reficere velit, dummodo is adversario damni infecti nomine caveat (1). Sed in hoc interdicto non sufficit probare possessionem, insuper jus reficiendi probandum est (2); nec semper sufficit probare jus servitutis; cum servitus ita constitui potuerit, ne reficere liceat, vel nonnisi ad certum modum (3).

(1) *L. Inde etiam* 3. §. *Ait praetor* 11. *ff. de itiner., actuq. privat.* (43. 19.)
(2) *D. l.* 3. §. *Hoc autem* 13. *in princip.*
(3) *D. l.* 3. §. *Fieri autem* 14.

§. 1671.

Discriminis rationem inter utrumque interdictum scite exponit Ulpianus (1): cum quis ire tantum, vel agere vult, prout eodem anno fecerat, vix ullum, aut levissimum damnum infert praedii servientis domino; adeoque sufficere debet anni possessio (§. 1669.): sed gravius longe imminet damnum per refectionem, quae reficienti quidem utilis, praedii autem domino noxia esse potest: atque ideo possessio sufficere non debet, nisi et simul de jure reficiendi doceatur (§. praeced.)

(1) *In d. l. Inde etiam* 3. §. *Hoc autem* 13. *ff. de itiner., actuq. privat.* (43. 19.)

§. 1672.

Porro reficere, subjicit apposite idem Ulpianus, est *ad pristinam formam iter, et actum reducere; hoc est, ne quis dilatet, aut producat, aut deprimat, aut exaggeret* (1), seu altius tollat. Quamquam, si pons ad commeandum necessarius sit, permitti debet, ut fiat (2).

(1) *D. l. Inde etiam* 3. §. *Reficere* 15. *ff. de itiner., actuq. privat.* (43. 19.)
(2) *D. l.* 3. §. *ult.*

§. 1673.

Sequitur interdictum de aqua quotidiana, et aestiva. Quotidiana dicitur aqua, quam continuo, idest hiberno, et aestivo tempore; aestiva, quam aestivo tantum tempore ducere licet (1): discrimen autem non tam ab aquae natura, quam ab usu desumitur, ita ut aestiva appelletur aqua, quae quotidie currit, atque per rerum naturam duci potest, si quis aestate dumtaxat ea utatur (2).

Inst. l. 4. tit. 15. ff. l. 43. tit. 6. Cod. l. 8. tit. 1.

(1) *L.* 1. §. *Duo autem* 3. *ff. de aqua quotidian., et aestiv.* (43. 20.)
(2) *D. l.* 1. §. 3. *in med.*

§. 1674.

Ergo praetor per interdictum hoc vim fieri vetat ei, qui nec vi, nec clam, nec precario aqua usus sit, quominus ita ducat, prout superiore aestate, vel hieme duxit (1); vel etiam hac aestate (2); dummodo vel una die, aut nocte aquam duxerit (3), atque perennis sit aqua, si tum aestate, tum hieme ducenda sit (4): nec necesse hodie est, ut a capite ducatur aqua, prout olim (5); cum et apud Romanos deinceps obtinuerit, ut servitus aquae ex quocumque loco ducendae constitui possit (6).

(1) *D. l.* 1. *in princip., et* §. *Deinde* 29. *ff. de aqua quotidian., et aestiv.* (43. 20.)
(2) *D. l.* 1. §. *Qui hac aestate* 36.
(3) *D. l.* 1. §. *Quod autem* 4.
(4) *D. l.* 1. *princip. junct.* §. *Loquitur autem* 5.
(5) *D. l.* 1. §. *Haec interdicta* 7., *et seq.*
(6) *L. Servitus* 9. *ff. de servitut. praedior. rusticor.* (8. 3.)

§. 1675.

Plane nec aliam aquam, nec ampliorem, nec priori aliam admixtam ducere licet (1). In hoc autem argumento placuit, aestatem incipere ab aequinoctio verno, et finiri aequinoctio autumnali: atque ita senis mensibus hiems, et aestus dividitur (2).

(1) *D. l.* 1. §. *Illud tamen* 15., *et* §. *Item quaeritur* 17. *ff. de aqua quotidian., et aestiv.* (43. 20.)
(2) *D. l.* 1. §. *Aestatem* 32.

§. 1676.

Aliud quoque interdictum proposuit praetor de aqua, quae ducatur ex castello, seu publico aquarum receptaculo (1), Principe permittente (2): in hoc interdicto non sufficit probare possessionem, sed jus quoque probandum est legitime acquisitum (3).

(1) *D. l.* 1. §. *Ait praetor* 38., *et seqq. ff. de aqu. quotidian., et aestiv.* (43. 20.)
(2) *D. l.* 1. §. *Si ex castello* 40., *et seq.*
(3) *D. l.* 1. §. *ult.*

§. 1677.

Porro, cum aqua sive quotidiana, sive aestiva saepe duci nequeat, nisi rivi, specus, incilia, et septa reficiantur, praetor alio interdicto vetuit, ne vis fiat ei, qui haec reficere, vel purgare velit, aquae ducendae caussa (1).

(1) *L.* 1. *princip., et* §. 1. *ff. de rivis* (43. 21.)

§. 1678.

Rivi appellatione aliquando significatur aqua per se fluens, sed non in tanta quantitate, ut fluminis nomen mereatur (1). In hoc autem de rivis interdicto rivus accipitur pro loco in longitudinem depresso, quo aqua decurrit (2). Specus est locus undique apertus, et in profundum demersus, per quem aqua ducitur (3). Incile appellatur locus ad latus fluminis depressus aquae derivandae caussa (4). Septa sunt, quae ad incile apponuntur, ad derivandam, vel compellendam aquam ex flumine (5).

(1) *L.* 1. §. 1. *ff. de flumin.* (43. 12.)
(2) *L.* 1. §. *Ait ergo praetor* 2. *ff. de rivis* (43. 21.)
(3) *D. l.* 1. §. *Specus autem* 3., *junct. l. penult. in princip. ff. eod. tit.*
(4) *D. l.* 1. §. *Incile* 5.
(5) *D. l.* 1. §. *Septa* 4.

§. 1679.

Interdictum de rivis, et similibus reficiendis competit ei, qui vel superiore, vel hac aestate aquam duxerit nec vi, nec clam, nec precario, licet ducendae aquae jus non probet, dummodo aliter aquam ducere nolit, quam prius duxit (1): ideo autem non

exigit praetor, ut jus aquae ducendae probetur ab eo, qui rivum reficere vult, contra quam obtinet in interdicto de itinere, actuque privato reficiendo (§. 1670.), quia majus imminet damnum ex dilata rivorum, quam itineris refectione (2). Inst. l. 4. tit. 15. ff. l. 43. tit. 6. Cod. l. 8. tit. 1.

(1) *D. l. 1. princip., et §. Hoc interdictum 9. ff. de rivis* (43. 21.)
(2) *L. ult. ff. hoc tit.*

§. 1680.

Proximum huic est interdictum de fonte, quo praetor tuetur eum, qui hoc anno fonte, lacu, puteo, piscina usus sit aquam hauriendo, vel pecus appellando, nec vi, nec clam, nec precario, ne imposterum eodem modo uti prohibeatur (1). Ait quidem jureconsultus, interdictum hoc ad cisternas non pertinere, quia vivam, seu perennem aquam non habent (2). Sed, cum nihil impediat, quominus constituatur servitus aquae ducendae ex cisterna, utique cum aquam habet, non dubium, quominus in ejus possessione retineri quis debeat judicis auctoritate.

(1) *L. 1. in princ., et §. seqq. ff. de fonte* (43. 22.)
(2) *D. l. 1. §. Hoc interdictum* 4.

§. 1681.

Quemadmodum interdicto de aqua quotidiana, et aestiva, atque de rivis aliud ex necessitate additum est de rivis, specubus, incilibus, et septis reficiendis (§. 1677., et 1679.), ita et in hoc de fonte, lacu, puteo, et piscina (1); alioquin inutile fieret jus, quod ad exitum perduci non potest. Sed in hac re ulterius immorandum non est; cum eadem hic observentur, quae in superioribus similibus interdictis (2).

(1) *D. l. 1. §. Deinde 6. ff. de fonte* (43. 22.)
(2) *D. l. 1. §. Et eadem 3. §. Hoc interdictum 7., et §. ult.*

§. 1682.

Duplex de cloacis interdictum proposuit praetor. Primum est prohibitorium, ne quid fiat, vel immittatur in cloacas, quo earum usus deterior fiat (1): et quamvis ex verbi praetoris interdictum hoc ad publicas tantum cloacas pertineat (2), non dubium tamen, quominus ejus sententia privatis quoque cloacis conveniat, cum non privatorum dumtaxat, sed et publice intersit, cloacas non obstrui (3).

(1) *L. 1. §. penult. ff. de cloacis* (43. 23.)
(2) *D. l. 1. §. ult.*
(3) *D. l. 1. §. Quia autem 7.*

§. 1683.

Altero de cloacis interdicto praetor vim fieri vetat ei, qui privatam cloacam reficere, vel purgare velit, dummodo damni infecti nomine caveat (1), non vicino tantum proximiori, sed et remotioribus, per quorum aedes cloaca currit (2). Quinimmo cum aeris salubritas, atque aedificiorum securitas postulent, ut cloacae fiant, et facile currant, idcirco praetor permittit cuicumque, ut privatam cloacam in publicam emittat, aut ita faciat, ut in publicum exitum habeat (3); requisito tamen in posteriore casu consensu ejus, qui viae publicae, in qua cloaca facienda est, curam habet (4).

(1) *L. 1. princ., et §. Hoc interdictum 5. ff. de cloac.* (43. 23.)
(2) *D. l. 1. §. Et tam ad proximum* 11.
(3) *D. l. 1. §. Idem Labeo* 9.
(4) *D. l. 1. §. 9., et l. ult. ff. eod. titul.*

§. 1684.

Eodem publicae utilitatis fundamento, interdicto suo succurrit praetor cloacam purgare, et reficere volenti, etiamsi is vi, clam, aut precario ab adversario possideat (1); itaut nec ulla habenda sit ratio nunciationis novi operis facta purganti, vel reficienti cloacam (2), atque liceat in vicini aedes venire, et rescindere pavimenta purgandae cloacae caussa, dummodo restauretur, quod ex hac necessitate rescissum fuerit (3).

(1) *D. l.* 1. §. *Curavit autem* 2. *ff. de cloac.* (43. 23.)
(2) *D. l.* 1. §. *Si quis purganti* 13.
(3) *D. l.* 1. §. *Unde Favius* 12.

Inst. l. 4. tit. 15. ff. l. 43. tit. 26. Cod. l 8. tit. 9.

§. 1685.

Cloacae nomine significatur locus cavus, per quem colluvies defluit (1); atque simul continet tubum, et fistulam (2). Tubus est foramen cloacae, ubi colluvies fluit: fistulae sunt vasa plumbea, vel fictilia, per quae acqua ducitur (3). Porro jus cloacae immittendae accenseri potest servitutibus, vel urbanis, vel rusticis, prout urbani, vel rustici praedii caussa constituitur (4).

(1) *L.* 1. §. *Cloaca* 4. *ff. de cloac.* (43. 23.)
(2) *D. l.* 1. §. *Cloacae* 6.
(3) *L. Si fistulae* 18. *ff. de servitut. praedior. urbanor.* (8. 2.)
(4) *D. l.* 1. *in princip. ff. de cloac. junct. l. Rusticorum* 2. *ff. de servitutib. praedior. rusticor.* (8. 3.)

§. 1686.

Quae hactenus disputavimus ex Romanorum scitis, fere in praxi servantur, atque ideo prohiberi non potest, qui cloacam purgare, et reficere velit, dummodo opportuno tempore haec fiant, cum ex aestatis temperie minus nociturus timetur malus odor aeris salubritati; sed pluribus adhibitis cautelis (1). An autem quis aquam tantummodo, an et colluviem in alienam cloacam immittere possit, pendet tum ex cloacae destinatione, tum ex singularibus conventionibus, et locorum usibus (2).

(1) *V. Pratic. legal. part.* 2. *Tom. III. pag.* 390. §. 12., *et* 13.
(2) *V. Voet in ff. de cloac. lib.* 43. *tit.* 23. *num. ult.*

TITULUS XXXIII.

De precario.

Instit. lib. 4. tit. 15. *De interdictis.*
Digest. lib. 43. tit. 26. *De precar.*
Codic. lib. 8. tit. 9. *De precar., et salvian. interdict.*

SUMMARIA.

Precarium differt a donatione, et ad commodatum accedit. §. 1687.
Precarium contractibus accenseri potest. §. 1688.
Precarium est contractus, quo res alicui gratis utenda conceditur ad libitum concedentis. §. 1689., *et* 1690.
Precarium ad certum tempus concessum impune revocari posse non videtur. §. 1691.
Precario concedere possunt omnes, qui rem possident, atque ipsi creditores pignoratitii pignus debitori precario dare possunt. §. 1692.
Iterdictum uti possidetis competit ei, qui precario rem tenet; atque rei domino ab obtinendam precarii restitutionem. §. 1693., *et* 1694.
Quid si res aliena precario concessa fuerit? §. 1695.
Precario tenens dolum, et latam culpam praestat, levissimum post editum interdictum de restituendo. §. 1696.
Precarium solvitur revocatione, rei alienatione, et morte. §. 1697., *et* 1698.

§. 1687.

Precarium a donatione distinctum, quatenus precario concedens rem suam recipit, Inst. l. 4. tit. 15.
secus ac in donatione (1); atque commodato affine, quia rei usus per precarium non ff. l. 43. tit. 26.
secus ac per commodatum gratuito conceditur (2), ab Ulpiano definitur, quod pre- Cod. l. 8. tit. 9.
cibus petenti utendum conceditur, quamdiu is, qui concessit, patitur (3): seu concessio usus alicujus rei ad preces petentis, quamdiu concedens voluerit.

(1) *L.* 1. §. *Et distat* 2. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 1. §. *ult. ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 1. *in princip.*

§. 1688.

Disputant interpretes, an precarium contractibus accenseri possit, nec ne. Sunt, qui negant, quia liberalitatis potius species sit (1). Affirmant alii; cum et negotia, quae ex una tantum parte obligationem pariunt contractuum nomen, et vim habeant (2): prout patet ex commodato, quod Justinianus recenset inter contractus, qui re perficiuntur, cum tamen per se, et ex natura sua solum commodatarium obliget (3), atque in eo tantum differt a precario, quod hoc arbitrio concedentis revocatur (§. praeced.), illud nonnisi post conventum tempus revocare licet (4).

(1) *Argum. l. Interdictum* 14. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Contractus* 23. *ff. de reg. jur.* (50. 17.)

(3) §. *Item is* 2. *instit. quib. mod. re contrahit. obligat.* (3. 15.)

(4) *L. In commodato* 17. §. *Sicut autem* 3. *ff. commodat.* (13. 6.)

§. 1689.

Hisce praesuppositis, precarium non inepte definitur contractus, quo res alicui gratis utenda conceditur ad libitum concedentis. Contractus nomen generis locum tenet; caeteris definitionis verbis precarium ab aliis contractibus discernitur. Precario concedi possunt res tum mobiles, tum immobiles, commodati exemplo (1), sive alienae, sive etiam propriae (2). Gratis conceditur rei usus (3), prout in commodato, alioquin locatio esset (4).

(1) *L.* 1. §. 1. *ff. commodat.* (13. 6.), *V. Tom. IX. pag.* 312. §. 1218., *et* 1219.

(2) *L. Certe* 6. §. *ult.*, *l. Si debitor* 11. *ff. hoc tit.*

(3) *L.* 1. §. 1., *et* 2. *ff. hoc tit.*

(4) *D.* §. *Item is* 2. *in fin. instit. quib. mod. re contrahit. obligat.* (3. 15.)

§. 1690.

Postremo dicimus, precarium rei usum ad libitum concedentis revocari (§. praeced.); quippe in eo differt precarium a commodato: precarium nullo determinato tempore, aut usu conceditur (1): ita ut nulla sit vis secundum jureconsultos contrariae conventionis, videlicet ne ante id tempus revocetur (2): certus vero usus, seu certus modus in commodato praescribitur, quem commodans pro arbitrio retractare non potest (3).

(1) *L.* 1. *in princip. ff. hoc tit.*

(2) *L. Cum precario* 12. *ff. hoc tit.*

(3) *L. In commodato* 17. §. *Sicut autem* 3. *ff. commodat.* (13. 6.)

§. 1691.

Caeterum, quia aequitas ipsa demonstrat, beneficio juvari unumquemque debere, non decipi, prout ipse monet Paulus jureconsultus (1), plures nec immerito defendunt, eum, cui ante constitutum tempus, prout constitui sinunt Romanae leges (2), avocatur precarium, aeque ac in commodato, posse rem retinere, atque se conventionis exceptione tueri (3). Si objicias ita fieri, ut precarium abeat in commodatum, respondemus, parum referre, quo nomine contractus censeatur, dummodo serventur ea, quae inter contrahentes placuerunt, prout humanae fidei congruit (4).

Inst. l. 4. tit. 15. ff. l. 43. tit. 26. Cod. l. 8. tit. 9.

(1) *D. l. In commodato* 17. *§. Sicut autem* 3. *in fin. ff. commodat.* (13. 6.)

(2) *L. In rebus* 4. *§. ult., et l. seq., l. Quaesitum est* 8. *§. Interdictum* 7. *ff. hoc tit.*

(3) *Voet in ff. hoc tit. num.* 1. *prop. fin.*

(4) *L.* 1. *ff. de pact.* (2. 14.)

§. 1692.

Precario res concedere possunt omnes, qui eas jure possident; atque ipsi etiam creditores pignoratitii rem, quam pignoris jure tenent, debitori precario dare possunt, ut ea utatur (1). Quod autem tradit Ulpianus, nec pignus, nec depositum, nec precarium, rei suae consistere posse (2), ad eum casum pertinet, quo alius nullum jus in re habeat; alioquin nihil impedit, quominus precario concedat extraneus domino jus in re ipsi competens.

(1) *L. Certe* 6. *§. ult., l. Si debitor* 11. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Neque pignus* 45. *ff. de R. J.* (50. 17.)

§. 1693.

Cum rei usus (§. 1689.), nec non possessio per precarium acquiratur (§. praeced.), recte placuit, interdictum uti possidetis concedere ei, qui precario rem tenet, adversus omnes, eo tantum excepto, quem rogavit (1): quamquam possessio haec non prodest ad usucapiendum; cum vera, et civilis possessio semper remaneat apud rei dominum (2).

(1) *L. Qui precario* 17. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Si quis diuturno* 10. *ff. Si servit. vindicet.* (8. 5.), *l. Male agitur* 2. *cod. de praescription. XXX., vel XL. annor.* (7. 39.)

§. 1694.

Sed et potiori quidem ratione, domino rei precario concessae competit interdictum ad obtinendam precarii restitutionem (1) una cum fructibus, et eo, quod interest, a tempore morae, seu redditi interdicti (2): quod quidem interdictum perpetuo competit (3), nec immemoriali praescriptione excluditur (4); cum ex vulgato axiomate nullo tempore praescribantur ea, quae merae facultatis sunt.

(1) *L. Ait praetor* 2. *§.* 1. *ff. hoc tit.*

(2) *L. Quaesitum* 8. *§. Ex hoc interdicto* 4. *ff. hoc tit.*

(3) *D. l.* 8. *§. penult. ff. hoc tit.*

(4) *D. l. Male agitur* 2. *cod. de praescrip. XXX., vel XL. annor.* (7. 39.)

§. 1695.

Interdictum hoc competit ei, qui precario concessit, atque haeredi ejus (1): etiamsi quis rem alienam dederit (2), adversus eum, qui precario rogavit (3), et haeredem ejus (4), si possessionem rerum precario a defuncto possessarum apprehenderit (5).

(1) *L. Quaesitum* 8. *§.* 1. *l. Cum precario* 12. *§.* 1. *ff. hoc tit.*

(2) *D. l.* 8. *in princip.*

(3) *L. In rebus* 4. *§. Tenentur* 2. *ff. hoc tit.*

(4) *D. l.* 8. *§. ult. ff. hoc tit.*

(5) *Argum. l. ult. §.* 1. *ff. hoc tit.*

§. 1696.

Cum autem precarium ex jure Romano pro arbitrio revocetur (§. 1690.), placuit, de dolo, et sola culpa lata teneri eum, qui precario rogavit (1); cum lata culpa dolo aequiparetur (2). Quare si neque possideat, neque dolo possidere desierit, hoc interdicto conveniri non potest (3). Levissimam tamen culpam praestat post editum de restituendo interdictum in morae poenam (4). Quod si precario concedens stipulatione de restituendo sibi caverit, tradit Pomponius, cessare praetoris edictum (5).

Nibil tamen prohibere videtur, quominus interdicto de possessione quis experiatur, licet stipulatus sit rem sibi restitui (6). Inst. l. 4. tit. 15. ff. l. 43. tit. 27. Cod. l. 8. tit. 1.

(1) *L. Quaesitum* 8. §. *Eum quoque* 3. *ff. hoc tit.*
(2) *D. l.* 8. §. 3. *in fin.*
(3) *D. l.* 8. §. 3., *et* §. *Si servitute* 5.
(4) *D. l.* 8. §. *Et generaliter* 6.
(5) *L. Et habet* 15. §. *Cum quis* 3. *ff. hoc tit.*
(6) *Princip. institut. hoc tit.*

§. 1697.

Plures referuntur in jure modi, quibus precarium solvitur: nimirum revocatione (1); quae necessaria judicatur etiam, cum precarium ad certum diem concessum fuit; alioquin patientia domini continuatum intelligitur (2); nisi precario concedens interim fateri coeperit, atque in furore usque ad praefinitum diem perseveret (3).

(1) *L. Cum precario* 12. *ff. hoc tit.*
(2) *L. In rebus* 4. §. *ult. ff. hoc tit.*
(3) *L. Certe* 6. *ff. hoc tit.*

§. 1698.

Praeterea solvitur precarium rei alienatione, nisi novi domini voluntate, vel patientia continuetur (1); morte precario rogantis (2); nec enim concedens liberalitatem exercere velle praesumitur erga haeredem fortassis ignotum, non morte ejus, qui concessit (3); nisi haeres revocet, vel adjecta fuerit clausula, ut precarium duraret, quoad is, qui concessit, vellet (4); cum morte desinat voluntas.

(1) *L. Quaesitum* 8. §. *Illud tamen* 2. *ff. hoc tit.*
(2) *L. Cum precario* 12. §. 1. *ff. hoc tit.*
(3) *D. l.* 8. §. 1., *et d. l.* 12. §. 1. *ff. hoc. tit.*
(4) *L. Locatio* 4. *ff. locati* (19. 2.)

TITULUS XXXIV.

De arboribus caedendis, glande legenda, migrando, et interdicto salviano.

Instit. lib. 4. tit. 15. *De interdictis.*
Digest. lib. 43. tit. 27., et seqq.
Cod. lib. 8. tit. 1. *De interdict.*

SUMMARIA.

Quid de arboribus in confinio aedium, vel praediorum positis. §. 1699.
Glandis nomine fructus omnes veniunt. Quo tempore in fundo vicini colligi possint? §. 1700., *et* 1701.
Interdictum de migrando competit inquilino, qui pensionem integram solverit. §. 1702., *et* 1703.
Cur interdictum hoc colono non detur? §. 1704.
Interdictum salvianum directum est, vel utile. Quibus detur? §. 1705., *et* 1706.

§. 1699.

Arbores in confinio poni non debere, sed pro arborum diversitate quandam distantiam intermediam relinquendam esse, supra diximus (§. 502., et seqq.): atque ideo praetor duo interdicta proposuit, unum de arboribus caedendis, quae in alienas aedes impendunt (1): alterum de coercendis usque ad quindecim pedes a terra arbo-

Inst. l. 4. tit. 15. ff. l. 43. tit. 27. Cod. l. 8. tit. 1.

ribus, quae impedunt in alienum agrum (2). Cum autem ea, quae ad hanc rem pertineut, jam tractata sint (3), ulterius non immoramur.

(1) *L. 1. in princip. ff. hoc tit.*

(2) *D. l. 1. §. Deinde 7., et seqq.*

(3) *V. §. 502. ad 508. supra.*

§. 1700.

Si glandes, cujus nomine intelliguntur fructus cujuscumque generis (1), ex alterius agro, vel arbore cadant in aream, vel fundum vicini, ad dominum arboris adhuc pertinent, qui proinde tertio quoque die fructus colligere potest in vim interdicti praetorii de glande legenda (2); primus autem, secundus, et tertius dies computantur ab eo tempore, quo glans cecidit. Tres dies non ultra dantur, quia fructus facile corrumpuntur, nisi colligantur.

(1) *L. unic. §. 1. ff. de gland. legend.* (43. 28.)

(2) *D. l. unic. in princip.*

§. 1701.

Jurisprudentia haec aequissima est; nec enim dominus privari debet suis fructibus, quia in fundum vicini deciderint, cum id vix inter vicinos impediri possit. Quamquam eadem regula non ubique servatur; alicubi enim ultra unum diem colligere, et auferre non licet; alibi fructus ita decidentes pertinent ad dominum fundi eo fundamento, quod probabiliter arbor etiam in fundo vicini radices habet, et ita pro parte nutritur (1). Locorum consuetudini in hac re standum est: sed si speciatim inducta non appareat, juris Romani scita servanda sunt, utpote aequitate suffulta.

(1) *Voet in Pandect. de gland. legend. lib. 43. tit. 28. num. unic.*

§. 1702.

Interdictum de migrando competit inquilino adversus dominum aedium, ne vis fiat ipsi migrare volenti, quominus abducere liceat res invectas, et illatas in praedium urbanum, dummodo pensiones omnes ipse solverit, aliove modo satisfecerit; nisi per locatorem stet, quominus ei solvatur, aut satisfiat (2). Non inquilinus tantum adversus dominum, sed et haeres illius contra hujus haeredem hoc interdicto utitur (2), quia in rem est.

(1) *L. 1. in princip. ff. de migrand.* (43. 32.)

(2) *D. l. §. 1. ult.*

§. 1703.

Pensionem integram ab inquilino solutam esse oportet, ut ita invecta, et illata a pignoris legalis onere, quo tenentur (1) libera sint (§. praeced.). Proinde denegatur interdictum de migrando, licet dies pensionis nondum venerit, puta si quis in plures annos domum conduxerit, nec omnes praeterlapsi sint, nisi integra omnium annorum pensio, pro qua res invectae, et illatae obligatae sunt, solvatur (2).

(1) *L. Pomponius 2., et pass. ff. in quib. causs. pign., vel hypothec. tacit. contrahit.* (20. 2.)

(2) *D. l. 1. §. Si pensio 4. ff. de migrand.* (43. 32.)

§. 1704.

Interdictum de migrando non datur colono (1); cui extra ordinem succurritur; cum publice intersit, instrumenta aratoria neutiquam detineri (2): quinimmo et ipsis inquilinis extra ordinem apud Romanos succursum; atque ideo minus frequens hoc interdictum fuisse scibit Ulpianus (3).

(1) *L. 1. §. 1. ff. de migrand.* (43. 32.)

(2) *Auth. Agricultores post l. 8. cod. quae res pignor.* (8. 17.)

(3) *D. l. 1. §. Cui rei 2. ff. de migrand.*

§. 1705.

Inst. l. 4. tit. 15. ff. l. 43. tit. 27. Cod. l. 8. tit. 1.

Interdictum salvianum duplex in jure recensetur: directum videlicet, et utile. Directum datur domino fundi adversus colonum de rebus in praedium rusticum illatis; atque expresse pro pensione obligatis (1): utile datur domino fundi adversus quoscumque possessores rerum ad colonos pertinentium, nec non creditoribus quibuscumque hypothecariis adversus possessores bonorum debitoris (2).

(1) §. *Adipiscendae* 3. *in fin. institut. hoc tit.*, *l.* 1. *cod. de precar.*, *et salv. interdict.* (8. 9.)

(2) *L.* 1. *in princip.*, *et* §. 1. *ff. de interdict. salvian.* (43. 33.). *V. Thesaur. decis.* 176. *pet tot.*

§. 1706.

Sed, cum de jure creditorum hypotheca instructorum alibi fuse dixerimus, de pignoribus, et hypothecis agentes (1), prosequimur caeteras interdictorum species, quae prolixiorem tractatum requirunt, ordine Pandectarum paullisper immutato; atque servato ordine codicis Justinianei. Quare imprimis agemus de vi, et armata. Tantum monemus, in hoc interdicto sufficere, si probetur possessio (non dominium) debitoris, licet agatur contra tertium, praevia tamen excussione debitoris.

(1) *V. Tom. IX. pag.* 343., *et seq.*

(2) *Thesaur. decis.* 175. *per tot.*

FINIS TOMI UNDECIMI.

INDEX TITULORUM

JUXTA RERUM SERIEM.

LIBER TERTIUS.

TITULUS XXIII.

De mandato . . . . . Pag. 5

CAPUT I.

Quibus modis, et quorum gratia mandatum contrahi possit . . . » 6

CAPUT II.

Qui mandare, et quae res mandari possint . . . . » 10

CAPUT III.

Qui sint mandati effectus, seu de actione mandati . . . . » 11

CAPUT IV.

Quibus modis finiatur mandatum » 16

TITULUS XXIV.

De obligationibus ex quasi contractu . . . . » 19

CAPUT I.

De negotiis gestis . . . . » 21

CAPUT II.

Communi dividundo, seu de rerum communium divisione . . . » 25

CAPUT III.

Familiae erciscundae . . . . . » 32

SECTIO I.

Quibus competat familiae erciscundae judicium . . . . » 33

SECTIO II.

Quibus modis familia inter cohaeredes dividatur . . . . » 37

SECTIO III.

Quae veniant in familiae erciscundae judicium, et quo loco instituendum sit . . . . Pag. 40

SECTIO IV.

Quibus casibus cesset familiae erciscundae judicium . . . . . . » 44

TITULUS XXV.

Quibus modis tollitur obligatio . » 45

CAPUT I.

De solutionibus . . . . » 46

SECTIO I.

Qui solvere possint, et quibus solutio recte fiat . . . . » 47

SECTIO II.

Quo modo, quo loco, et quo tempore solutio fiat . . . . . . » 51

APPENDIX.

De oblatione, et depositione rei debitae . . . . » 56

SECTIO III.

Quis sit solutionis effectus . . . » 59

CAPUT II.

De novationibus, et delegationibus. » 65

CAPUT III.

De compensationibus. . . . . . » 73

JURISPRUDENTIÆ

LIBER QUARTUS

TITULUS I.

De actionibus . . . . . Pag. 87

TITULUS II.

Qui agere possint, et adversus quos, sive de procuratoribus . . . » 95

TITULUS III.

De rei vindicatione . . . . » 112

TITULUS IV.

De publiciana in rem actione . » 127

TITULUS V.

Finium regundorum . . . . . . » 131

TITULUS VI.

Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur . . . . » 139

TITULUS VII.

De condictionibus caussa data, caussa non secuta, et ob turpem, vel injustam caussam . . . . » 150

TITULUS VIII.

De condictione indebiti . . . . » 154

TITULUS IX.

De condictione triticaria . . . . » 164

TITULUS X.

De ludo, et lusoribus . . . . . » 173

TITULUS XI.

De exercitoria actione . . . . . » 177

TITULUS XII.

Ad legem Rhodiam de jactu . Pag. 181

TITULUS XIII.

De institoria actione . . . . . » 186

TITULUS XIV.

De actione tributoria, quod jussu, de peculio, et de in rem verso » 190

TITULUS XV.

Ad exhibendum, seu de actione ad exhibendum . . . . » 200

TITULUS XVI.

De satisdationibus . . . . . . » 203

TITULUS XVII.

De probationibus . . . . » 212

TITULUS XVIII.

De praesumptionibus . . . . . » 227

TITULUS XIX.

De fide instrumentorum . . . . . » 232

APPENDIX.

De scripturis privatis . . . . . » 248

TITULUS XX.

De testibus . . . . » 257

CAPUT I.

Qui ad dicendum testimonium admittantur; quive cogi possint, nec ne, ut testes fiant . . . . » 258

CAPUT II.

A quo, quo loco, tempore, et modo testes interrogandi sint . . Pag. 268

CAPUT III.

De numero testium ad fidem faciendam requisito . . . . » 276

CAPUT IV.

An testes saepius producere liceat » 280

TITULUS XXI.

De jurejurando . . . . » 285

CAPUT I.

Quid sit jusjurandum, quotuplex, et qui jurare possint . . . . . . » 285

CAPUT II.

Qui possint jusjurandum deferre, quibus deferri possit, et quibus in casibus . . . . » 290

CAPUT III.

An jusjurandum ab adversario delatum suscipi debeat, an recusari possit . . . . » 297

CAPUT IV.

De forma, vi, et interpretatione jurisjurandi . . . . » 304

TITULUS XXII.

De confessis . . . . » 314

TITULUS XXIII.

De juris, et facti ignorantia . . . » 322

TITULUS XXIV.

De exceptionibus . . . . » 328

CAPUT I.

Quid, et quotuplex sit exceptio. » 328

CAPUT II.

Quibus competat jus objiciendarum exceptionum, et quibus casibus Pag. 334

CAPUT III.

Quo tempore exceptiones sint objiciendae . . . . » 342

CAPUT IV.

Quis sit oppositae exceptionis effectus. Quid praescriptionis, et praejudicii nomine veniat . . . . . » 348

TITULUS XXV.

De exceptione rei judicatae, nec non litis pendentis . . . . » 351

TITULUS XXVI.

De transactionibus . . . . . . » 360

CAPUT I.

Quid, et quotuplex sit transactio, et quibus modis ineatur . . . . » 361

CAPUT II.

Qui transigere possint . . . . . » 362

CAPUT III.

De quibus rebus transactio iniri possit . . . . » 366

CAPUT IV.

Quis sit transactionis effectus . » 374

TITULUS XXVII.

De his, quae dolo, et metus caussa fiunt . . . . » 382

CAPUT I.

De dolo . . . . » 382

CAPUT II.

Quod metus caussa gestum est, an ratum habeatur . . . . . . » 386

CAPUT III.

De doli mali, et metus exceptione Pag. 392

TITULUS XXVIII.

De litigiosis . . . . » 394

APPENDIX.

De alienatione judicii mutandi caussa facta . . . . » 400

TITULUS XXIX.

De restitutione in integrum . . . » 403

CAPUT I.

Qui restitutionem petere possint, et adversus quos restitutio petatur . » 404

CAPUT II.

De judice, loco, et tempore restitutionis in integrum . . . . . » 406

CAPUT III.

Quibus casibus, quibus ex caussis, quibus in rebus, et quomodo restitutio in integrum concedatur . . . » 411

CAPUT IV.

De effectibus restitutionis in integrum . . . . Pag. 418

TITULUS XXX.

De interdictis . . . . » 421

TITULUS XXXI.

Quorum bonorum, seu de interdicto quorum bonorum, et de tabulis exhibendis . . . . » 428

TITULUS XXXII.

Ne quid in loco sacro, publico, vel itinere fiat. De superficiebus. De itinere, actuque privato; de aqua quotidiana, et aestiva, rivis, fonte, et cloacis . . . . » 433

TITULUS XXXIII.

De precario . . . . » 438

TITULUS XXXIV.

De arboribus caedendis, glande legenda, migrando, et interdicto salviano . . . . » 441

INDEX TITULORUM

ORDINE ALPHABETICO DIGESTUS.

A

De actione tributoria, quod jussu, de peculio, et de in rem verso. *Pag.* 190
De actionibus . . . . » 87
Qui agere possint, et adversus quos, sive de procuratoribus . . . » 95
Ad exhibendum, seu de actione ad exhibendum . . . . » 200
De alienatione judicii mutandi caussa facta . . . . » 400
De arboribus caedendis, glande legenda, migrando, et interdicto salviano . . . . » 441

C

Communi dividundo, seu de rerum communium divisione . . . » 25
De compensationibus . . . . . . » 73
De condictione indebiti . . . . » 154
De condictione triticaria . . . » 164
De condictionibus caussa data, caussa non secuta, ob turpem, vel injustam caussam . . . . . . » 150
De confessis . . . . » 314

D

De dolo . . . . » 382
De doli mali, et metus exceptione » 392

E

De exceptione rei judicatae, nec non litis pendentis . . . . » 351
De exercitoria actione . . . . » 177
De exceptionibus . . . . . . » 328
Quibus competat jus objiciendarum exceptionum, et quibus casibus » 334
Quid, et quotuplex sit exceptio . » 328
Quis sit oppositae exceptionis effectus. Quid praescriptionis, et praejudicii nomine veniat . . . . » 348
Quo tempore exceptiones sint objiciendae . . . . Pag. 342

F

Familiae erciscundae . . . . . . » 32
Quae veniant in familiae erciscundae judicium, et quo loco constituendum sit . . . . » 40
Quibus casibus cesset familiae erciscundae judicium . . . . . . » 44
Quibus competat familiae erciscundae judicium . . . . » 33
Quibus modis familia inter cohaeredes dividatur . . . . . . » 37
De fide instrumentorum . . . . » 232
Finium regundorum . . . . . . » 131

H

De his, quae dolo, et metus caussa fiunt . . . . » 382

I

De institoria actione . . . . . . » 186
De interdictis . . . . » 421
De jurejurando . . . . » 285
An jusjurandum ab adversario delatum suscipi debeat, an recusari possit . . . . » 297
De forma, vi, et interpretatione jurisjurandi . . . . » 304
Quid sit jusjurandum, et quotuplex, et qui jurare possint . . . . » 285
Qui possint jusjurandum deferre: quibus deferri possit, et quibus in casibus . . . . » 290
De juris, et facti ignorantia . . » 322

L

Ad legem Rhodiam de jactu . . » 181
De litigiosis . . . . » 394
De ludo, et lusoribus . . . . . » 173

M

De mandato . . . . *Pag.* 5
Quibus modis, et quorum gratia mandatum contrahi possit . . » 6
Quibus modis finiatur mandatum » 16
Qui mandare, et quae res mandari possint . . . . » 10
Qui sint mandati effectus, seu de actione mandati . . . . . . » 11

N

De negotiis gestis . . . . » 21
Ne quid in loco sacro, publico, vel itinere fiat. De superficiebus; de itinere actuque privato. De aqua quotidiana, et aestiva, rivis, fonte, et cloacis . . . . » 433
De novationibus, et delegationibus » 65

O

De obligationibus ex quasi contractu . . . . » 19

P

De praesumptionibus . . . . . . » 227
De precario . . . . » 438
De probationibus . . . . » 212

Q

Quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur . . . . » 139
Quibus modis tollitur obligatio . » 45
Quod metus caussa gestum est, an ratum habeatur . . . . . . » 386
Quorum bonorum, seu de interdicto quorum bonorum, et de tabulis exhibendis . . . . » 428

R

De rei vindicatione . : : : *Pag.* 112
De restitutione in integrum . . . » 403
De effectibus restitutionis in integrum . . . . » 418
De judice, loco, et tempore restitutionis in integrum . . . . . . » 406
Quibus casibus, quibus ex caussis, quibus in rebus, et quomodo restitutio in integrum concedatur . » 411
Qui restitutionem petere possint, et adversus quos restitutio petatur . » 404

S

De scripturis privatis . . . . » 248
De satisdationibus . . . . » 203
De solutionibus . . . . » 46
De oblatione, et depositione rei debitae . . . . » 56
Qui solvere possint, et quibus solutio recte fiat . . . . » 47
Quis sit solutionis effectus . . » 59
Quo modo, quo loco, et quo tempore solutio fiat . . . . . . » 51

T

De testibus . . . . » 257
An testes saepius producere liceat » 280
A quo, quo loco, tempore, et modo testes interrogandi sint . . . » 268
De numero testium ad fidem faciendam requisito . . . . » 276
Qui ad dicendum testimonium admittantur; quive cogi possint, nec ne, ut testes fiant . . . . . . » 258
De transactionibus . . . . . . » 360
De quibus rebus transactio iniri possit . . . . » 366
Quid, et quotuplex sit transactio, et quibus modis ineatur . . . . » 361
Quis sit transactionis effectus . » 374
Qui transigere possint . . . . » 362

Finis.